



## "La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante"

Rigaux, Marie-Françoise

### Abstract

Na

Document type : *Thèse (Dissertation)*

---

### Référence bibliographique

Rigaux, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*.  
Prom. :

44889

PC 412

Université Catholique de Louvain

FACULTE DE DROIT

ADAIN

# LA THEORIE DES LIMITES MATERIELLES A L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTITUANTE

Tome 1

Thèse présentée en vue de l'obtention  
du grade de docteur en droit par

**Marie -Françoise RIGAUX**

Licenciée en droit  
Licenciée en philosophie

Juin 1984

87-75801-0365

### LISTE DES ABREVIATIONS

A.D.S.P.	: Annales de droit et de science politique
A.F.D.I.	: Annuaire français de droit international
A.J.D.A.	: Actualité juridique, éd. Droit administratif
A.J.I.A.	: American Journal of International Law
Annales de droit	: Annales de droit de la faculté de Louvain (après 1965)
Annuaire	: Annuaire de l'Institut de droit international
A.P.D.	: Archives de Philosophie du droit
A.R.	: Arrêté royal
B/Bd	: Band
B.G.G.	: Bundesgrundgesetz
B.Verf.GE :	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cass.	: Cour de cassation de Belgique
Cass.fr.	: Cour de cassation de France
C.E.E.	: Communauté économique européenne
C.E.fr.	: Conseil d'Etat de France
C.I.J.	: Cour Internationale de Justice
C.P.J.I.	: Cour Permanente de Justice Internationale
D.	: Recueil Dalloz, périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
Dissert.	: Dissertation doctorale
Doc.Parl.	: documents parlementaires
F.U.S.L.	: Editions des Facultés universitaires Saint-Louis
J.O.	: Journal Officiel
J.T.	: Journal des Tribunaux
J.T.O.M.	: Journal des Tribunaux d'Outre-Mer

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence  
 O.E.A. : Organisation des Etats américains  
 O.N.U. : Organisation des Nations-Unies  
 Pas. : Pasicrisie  
 Pasin. : Pasinomie  
 P.U. : Presses universitaires  
 P.U.F. : Presses universitaires de France  
 R.B.D.I. : Revue belge de droit international  
 R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'Académie de droit  
 international  
 R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique  
 en France et à l'étranger  
 R.D.S. : Revue de droit suisse  
 Recueil : Recueil des décisions du Conseil d'Etat de France  
 Rec. : Recueil de la Cour Internationale de Justice  
 R.F.A. : République fédérale d'Allemagne  
 R.G.D.I.P. : Revue générale de droit international public  
 R.I.E.J. : Revue interdisciplinaire d'études juridiques  
 Revue de l'Administration : Revue de l'Administration et du droit  
 administratif de la Belgique  
 R.W. : Rechtskundig Weekblad  
 U.E.B.L. : Union économique belgo-luxembourgeoise



## INTRODUCTION GENERALE

L'observation comparée des constitutions en vigueur de par le monde révèle l'existence de dispositions insolites : il s'agit de celles qui assurent l'immutabilité de certaines règles dont l'importance parut telle au constituant qu'il prohibât le principe même de leur révision. C'est ce qu'on appelle généralement les limites matérielles mises au pouvoir de réviser une constitution. Parmi ces clauses irréformables, on en trouve qui touchent à la forme républicaine ou monarchique de l'Etat, d'autres encore qui consacrent certaines structures politiques (le fédéralisme, le régionalisme) ou qui protègent des tendances philosophiques (le respect des droits de l'homme, le socialisme) ou religieuses (la religion islamique). L'étonnement grandit lorsque, parcourant les constructions de la doctrine et de la jurisprudence, on s'aperçoit que des justifications juridiques sont données à ce procédé et qu'il fut même étendu grâce à une théorie qui associe aux limites expressément inscrites dans le texte de la constitution d'autres limites matérielles qualifiées par elle d'implicites ou d'immanentes. Certains ouvrages font aussi référence à des ordres normatifs autres que celui de l'Etat (le droit naturel, l'éthique, le droit international) et s'efforcent de les intégrer au système constitutionnel interne afin de prouver que le pouvoir constituant ne saurait exercer les prérogatives dans la liberté la plus absolue. Des contraintes endogènes et exogènes sont susceptibles de freiner et d'entraver l'activité constituante.

L'observateur s'interroge d'abord sur le sens de l'attitude des constituants qui veulent préserver ainsi l'oeuvre accomplie à l'origine. Que penser, ensuite, du relais pris par les théories qui veulent convaincre du bien-fondé juridique de ces prétentions

jusqu'à étendre leur champ d'application ? Un constituant peut-il lier pour l'avenir les organes du peuple souverain, amenés ou contraints un jour à modifier la charte fondamentale de l'Etat ? Y a-t-il des matières constitutionnelles intangibles ? Si la réponse s'avérait affirmative, celles-ci sont-elles définies dans le cadre exclusif de l'ordre juridique de l'Etat ou peut-on concevoir qu'elles découlent d'autres ordres normatifs, tels l'éthique ou le droit international ? On soulève ainsi une série de questions touchant à la régularité du principe de l'immutabilité de certaines matières constitutionnelles. D'autres aussitôt leur font écho : elles concernent l'efficacité de dispositions qui prétendent lier définitivement l'activité constituante, sur certains points de droit tout au moins. L'histoire ne dément-elle pas souvent et ne souligne-t-elle pas le caractère illusoire d'une démarche qui ne résiste pas aux soulèvements révolutionnaires, notamment ? La doctrine des limites matérielles ne s'avère-t-elle pas incompatible avec le principe de l'adaptation nécessaire des structures constitutionnelles aux réalités nouvelles ? En revanche, elle se justifie peut-être par la vocation de stabilité plus spécifique aux règles constitutionnelles. Viennent enfin des questions de légitimité. La théorie de la souveraineté populaire dont se revendiquent les démocraties contemporaines peut-elle s'accommoder d'une pratique et d'une doctrine qui cherchent à limiter son exercice en fixant des objets constitutionnels immuables ? Il est symptomatique que l'on recourt à des procédés - tel le référendum - pour contourner une légitimité antérieure, celle de l'assemblée constituante, et déroger aux interdictions que celle-ci avait formulées au motif qu'une légitimité plus solide, issue d'une consultation populaire directe, aurait effacé la précédente.

En dépit de leur disparité, ces questions ne paraissent pas avoir fait l'objet d'une étude systématique et critique. Même le droit constitutionnel allemand, qui recense beaucoup d'ouvrages sur les

clauses irréformables, depuis l'adoption de l'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale en 1949, ne se dégage pas de considérations ponctuelles. Il réduit la problématique des limites matérielles à ses composantes internes : l'article 79 paragraphe 3 autorise-t-il une révision totale de la loi fondamentale ?

S'adresse-t-il seulement au pouvoir de révision ou encore au pouvoir constituant originaire ? Peut-on contester sa juridicité ? Est-il lui-même irréformable ? Tous ces ouvrages laissent l'impression que la question abordée est marginale. Le faible retentissement qu'elle a dans les traités de droit constitutionnel belge ou français en témoignerait, s'il le fallait. Certes, objecte-t-on, l'intérêt du sujet est mince pour le constitutionnaliste belge puisque la constitution de 1831 n'a pas prévu de clauses intangibles. En France, la restauration d'un régime monarchique semble improbable aujourd'hui, ce qui justifierait la rareté des commentaires à propos de l'article 89 de la constitution qui garantit l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat.

L'objection ne convainc pas : on n'a pas publié, en Allemagne, d'ouvrage complet sur la question, malgré son actualité juridique et politique. La problématique des limites matérielles souffre autant des gloses allemandes que du désintérêt belge ou français. On soutient en effet que le cadre étroit dans lequel s'est confinée la réflexion a occulté l'enjeu de la problématique des limites matérielles : loin d'être marginale, elle touche aux fondements du droit public. L'intérêt de la problématique des limites matérielles est qu'elle renvoie à une théorie de la responsabilité du titulaire de la fonction constituante et à une recherche sur les conditions de son exercice dans l'Etat contemporain.

L'hypothèse que l'on avance ainsi met en cause plusieurs postulats classiques du droit constitutionnel, et paraîtra, en cela, audacieuse. Elle brave, d'abord, l'enseignement confirmé qui attribue à Sièyes la paternité de la doctrine de l'omnipotence du pouvoir constituant, dans l'accomplissement de son oeuvre originaire, au moins.

D'un autre côté, elle compromet les thèses qui concluent à l'existence de matières constitutionnellement intangibles pour autant qu'elles s'appliquent au titulaire du pouvoir de révision, en raison de la volonté - exprimée ou tacite - du premier constituant de l'Etat. L'hypothèse décrite ci-dessus insiste sur les sources de limites issues d'autres ordres juridiques et étend, par conséquent, les effets de celles-ci à la fonction constituante, la nature originaire ou dérivée du pouvoir qui l'exerce restant indifférente. L'hypothèse est audacieuse enfin, parce qu'elle s'appuie sur deux postulats à peine ébauchés dans la théorie générale du droit contemporain, quand ils ne lui sont pas étrangers.

Un double postulat permet d'établir les conditions de validité auxquelles doivent répondre les limites matérielles susceptibles d'entraver l'exercice de la fonction constituante dans un Etat démocratique.

Le premier part du constat du caractère polysémique de la temporalité juridique. A la conception linéaire et chronologique de la temporalité qui, on le verra, est sous-jacente aux thèses favorables à l'intangibilité absolue de certaines clauses constitutionnelles, il faut conjuguer une dimension qualitative non quantifiable tenant compte de la signification juridique de phénomènes disruptifs (telle la révolution). La combinaison de ces deux aspects de la temporalité juridique conduit alors à résoudre en termes de relativité la question de la validité des limites matérielles susceptibles d'entraver l'exercice de la fonction constituante.

Le second postulat procède de la reconnaissance du réseau que forme la pluralité des ordres normatifs (juridiques et non juridiques) et dont l'ordre juridique de l'Etat n'est qu'un des éléments. La structuration qui caractérise ce réseau normatif justifie et détermine la vocation d'un certain nombre de règles n'appartenant pas à l'ordre juridique de l'Etat à restreindre son autonomie constitutionnelle. Cela explique qu'il faille élargir à d'autres ordres normatifs le champ des limites matérielles

susceptibles d'affecter l'exercice de la fonction constituante d'un Etat. Les deux postulats sont indissociables et il faudra les considérer ensemble pour procéder correctement au développement de notre thèse. On la formule ainsi : la nature polysémique de la temporalité juridique et la vocation démocratique à laquelle tend la structuration des différents ordres juridiques contemporains permet de reconnaître la validité relative de certaines limites matérielles susceptibles d'entraver l'exercice de la fonction constituante dans l'Etat. S'esquisse ainsi une théorie de la responsabilité des organes chargés de l'accomplir, fondée sur le principe d'un exercice divisé de la souveraineté du peuple au nom de laquelle chacun a le droit, collectivement ou individuellement, que s'accomplisse, par des voies juridiques, la démocratie. Cependant, il faut s'affranchir de la référence exclusive au droit constitutionnel étatique. Cette démarche est requise pour tenter de résoudre la problématique des limites matérielles mais elle est déjà indispensable au stade de l'énoncé proprement dit des termes de la recherche. La plupart des obstacles auxquels se heurtent les théories jusqu'ici développées à propos des limites matérielles s'expliquent en effet d'abord par l'exposé incorrect des données de la problématique. Celles-ci sont communément situées dans le prolongement et en contraste de l'étude des limites formelles qui caractérisent une révision constitutionnelle. La problématique des limites matérielles est ainsi envisagée dans la perspective de l'opération de révision constitutionnelle.

Certes, il n'est pas faux d'analyser l'incidence des limites matérielles sur une révision constitutionnelle : la démarche est même indispensable lorsque l'on étudie le droit des Etats dont la constitution prévoit directement et expressément l'irréformabilité (en cas de révision) de certaines de ses clauses. En revanche, il n'est pas exact de considérer que l'opération de révision constitutionnelle soit la seule cause ou l'unique enjeu du problème soulevé par les limites matérielles, sous peine d'affronter des questions insolubles touchant aux prérogatives respectives du pouvoir constituant originaire et dérivé, à la juridicité de

la première constitution et des limites éventuelles qui y figurent, à la nature obligatoire ou déclaratoire seulement des clauses irréformables.

\*

\* \*

Les données classiques de la problématique des limites matérielles opèrent, ainsi que le montre le chapitre liminaire de ce travail, une double réduction, laquelle engendre plusieurs impasses. Deux correctifs s'imposent pour les éviter. Le premier consiste à définir le cadre et l'enjeu de cette problématique par rapport à l'exercice et aux attributions de la fonction constituante : la limite matérielle n'est pas, en effet, une modalité particulière à l'exercice du pouvoir de révision. Le second aménagement procède de l'extension du champ d'investigation à d'autres ordres normatifs que l'ordre juridique étatique : la limite matérielle peut être imposée à la fonction constituante accomplie dans un Etat par une norme qui ne relève pas de ce dernier. Ces quelques considérations permettent de dégager une définition - provisoire - de la notion centrale de cette recherche.

On considère comme une limite matérielle toute restriction portant sur une attribution de la fonction constituante effectuée dans un Etat, qui résulte soit d'une norme du droit constitutionnel interne, soit d'une norme résultant d'un ordre normatif externe avec lequel l'Etat entretient certains rapports de droit.

Avant de pouvoir et pour pouvoir apprécier la validité de cette limite matérielle, il faut prendre la mesure exacte de la diversité des objets de restriction qui sont concevables.

Cette enquête est menée dans une première partie. L'inventaire commence par le relevé et l'examen d'un échantillon des limites matérielles qui figurent explicitement dans les textes constitutionnels<sup>1</sup>. Ces limites sont expresses et appartiennent au groupe des limites autonomes, en raison de l'origine interne de la restriction. La doctrine et la jurisprudence ont construit une autre sorte de limites autonomes : les limites implicites. Celles-ci semblent se dégager du texte constitutionnel ou de son esprit : ce sont les limites tacites autonomes<sup>2</sup>. Parfois encore, on prétend qu'elles découlent d'un ordre normatif non juridique et hétérogène à celui de l'Etat : ces limites seront examinées sous l'appellation de limites tacites hétéronomes<sup>3</sup>. On termine l'inventaire des limites matérielles susceptibles de restreindre les attributions de la fonction constituante étatique en considérant une dernière catégorie d'empêchements : les limites matérielles hétéronomes qui proviennent cette fois d'un ordre juridique différent de celui de l'Etat<sup>4</sup>. Plusieurs espèces d'empêchements relèvent de cette catégorie et chacune fait l'objet d'une description minutieuse. On étudie, par exemple, l'incidence de la structure juridique de l'Etat fédéral sur l'autonomie constitutionnelle respective de ses différents membres<sup>5</sup> ou, on s'intéresse à un domaine plus riche encore, aux diverses formes de prohibitions que l'on peut observer en raison du développement des relations internationales<sup>6</sup>. On conclut cette partie essentiellement analytique de la recherche par la suggestion de plusieurs paramètres à l'aide desquels on synthétise, sous l'aspect d'un tableau comparatif, les différentes catégories de limites décrites auparavant<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Titre 1 de la première partie.

<sup>2</sup> Titre 2 de la première partie.

<sup>3</sup> Titre 2 de la première partie.

<sup>4</sup> Titre 2, chapitre 3, de la première partie.

<sup>5</sup> Section 2 du chapitre 3.

<sup>6</sup> Section 3 du chapitre 3.

<sup>7</sup> Titre 3, chapitre 1, de la première partie.

Deux modèles se dégagent : celui des limites matérielles autonomes et celui des limites matérielles hétéronomes. Chacun d'eux peut être isolé et l'on précise les raisons qui motivent une approche séparée de l'un et de l'autre<sup>1</sup>.

Sur base de l'ensemble de ces données, la deuxième partie du travail entreprend d'édifier une théorie critique des limites matérielles susceptibles d'affecter l'exercice de l'activité constituante dans un Etat démocratique. Cette théorie s'articule autour d'une réflexion sur la validité de tels empêchements, indissociable d'une étude de l'effet contraignant qu'ils peuvent avoir sur la fonction constituante.

Le titre un est consacré à l'examen du premier modèle : les limites matérielles autonomes. A partir d'une analyse de la temporalité juridique<sup>2</sup>, on approfondit les arguments qui autorisent à soutenir la thèse de la relativité de la force obligatoire des limites matérielles autonomes<sup>3</sup>. Le deuxième titre traite du second modèle : les limites matérielles hétéronomes. La multiplicité des ordres juridiques et leur mode de structuration permettent d'élucider les conditions de validité de ces limites<sup>4</sup>. Dans le dernier titre, enfin, on fait se rejoindre les deux modèles qui, pour des motifs méthodologiques, ont été abordés séparément jusque-là. On y verra comment la théorie de la validité relative de certaines limites matérielles autonomes ou hétéronomes contribue à fonder le principe d'une responsabilité juridique du titulaire de la fonction constituante, telle qu'elle devrait s'exercer dans le droit public contemporain<sup>5</sup>.

---

1 Titre 3, chapitres 2 et 3 de la première partie.

2 Titre 1, chapitre 1 de la deuxième partie.

3 Titre 1, chapitre 2 de la deuxième partie.

4 Titre 2, chapitres 1 et 2 de la deuxième partie.

5 Titre 3 de la deuxième partie.



## CHAPITRE LIMINAIRE. LA PROBLEMATIQUE DES LIMITES MATERIELLES ET LA FONCTION CONSTITUANTE

### INTRODUCTION. JUSTIFICATION ET PLAN DU CHAPITRE

Il serait téméraire d'entreprendre une étude systématique et critique sur l'incidence des limites matérielles pour l'accomplissement de la fonction constituante sans avoir au préalable précisé le cadre et l'enjeu de la problématique. Pourquoi, en effet, insister d'emblée sur ses liens avec la fonction constituante ? Habituellement, pourtant, cet aspect est éludé dans la mesure où le sujet est réduit à l'opération de révision constitutionnelle. Les données classiques opèrent en effet deux réductions du champ d'investigation de la recherche et, pour cette raison, en définissent mal l'enjeu : c'est ce que montrera la première section de ce chapitre. Le postulat qui engendre ce double rétrécissement sera exposé dans une deuxième section : il s'agit de celui qui accorde à la constitution la primauté et l'exclusivité de la fondation du droit dans l'Etat. Trois apories en découlent qui compromettent l'élucidation de la problématique des limites matérielles : elles seront décrites dans la troisième section de ce chapitre.

Pour éviter ces difficultés, il faut élargir le cadre et l'enjeu de la démarche : c'est la leçon qui sera tirée, dans la dernière section, de l'exposé critique qui clôturera la discussion.

## SECTION 1. LES DONNEES CLASSIQUES DE LA PROBLEMATIQUE.

Généralement, l'expression de limites matérielles apparaît dans les traités de droit constitutionnel au chapitre consacré à la révision de la constitution. Elles sont définies en contraste et par opposition avec les limites formelles.

La constitution étant considérée comme une règle rigide<sup>1</sup>, une procédure particulière s'attache à sa révision, conçue comme autant de prescriptions à observer lorsque celle-ci est entreprise.

Des règles spéciales entourent le temps de l'initiative de la révision, tandis que d'autres régissent la deuxième phase de l'opération : celle de l'adoption proprement dite des normes nouvelles.

En Belgique, l'article 131 de la constitution prévoit, par exemple, la dissolution des chambres législatives et l'élection de chambres constituantes et balise le travail de révision et le vote des dispositions par des garanties particulières<sup>2</sup>. Les limites formelles, reconnaît-on, s'adressent au titulaire du pouvoir de révision, à l'exclusion du pouvoir constituant initial qui était, de ce point de vue, totalement libre.

L'évidence de la remarque risque d'en occulter une autre. Les limites formelles ne concernent pas, en effet, l'essence de la fonction constituante; elles préservent seulement, en en précisant certaines modalités, l'exercice d'un pouvoir : le pouvoir de réviser la constitution.

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., Droit constitutionnel, T. 1. Les données constitutionnelles, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 79 et 91.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., § 52.53.

Or, l'examen consécutif du problème des limites formelles et de celui des limites matérielles, renforcé d'ailleurs par l'usage d'une terminologie dichotomique, a entraîné une confusion des niveaux de l'étude et conduit à une mauvaise identification de leurs enjeux respectifs. C'est ce que l'on espère montrer succinctement. En liant le thème des limites matérielles à celui de l'objet de la révision constitutionnelle, on assigne d'emblée à la problématique des limites matérielles un cadre trop restreint et impropre<sup>1</sup>. Une interrogation résume la problématique des ouvrages consultés sur cette question : dans quelle mesure le pouvoir de révision est-il tenu de respecter le contenu de certaines règles de la constitution lorsqu'il entreprend de la modifier ? Peu importe ici la solution constitutionnelle ou doctrinale préconisée, ce qui retient l'attention, c'est la double réduction de la problématique qui ressort de sa formulation. Tout, d'abord, laisse croire qu'elle concerne avant tout les modalités d'exercice du pouvoir de réviser une constitution.

Or, il apparaît que ce sont les attributions mêmes de la fonction constituante qui sont l'enjeu véritable de la réponse apportée.

Même à le considérer comme un pouvoir constitué et subordonné, le pouvoir de révision détient et exerce une part (sinon toutes) des

---

<sup>1</sup> La consultation des traités les plus autorisés de droit constitutionnel et des monographies sur ce thème est très révélatrice : c'est toujours au chapitre des révisions constitutionnelles qu'il faut se référer pour voir évoquée la problématique des limites matérielles. Voy. par ex. ARNOULT G., De la révision des constitutions, Paris, Arthur Rousseau, 1896, pp. 284-294; BURDEAU G., Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles, Paris, thèse, 1930, surtout le chapitre 1; BURDEAU G., Traité de science politique, Paris, Lichin et Durand-Auzias, t. IV, 1969, n° 108 sq.; DE BOUSQUET DE FLORIAN H., La révision des constitutions, Paris, Rousseau, 1891; DELPEREE F., op. cit., § 49 et 50; DUGUIT L., Manuel de droit constitutionnel, Paris, Fontemoing, 1907, n° 149-151; DUVERGER M., Manuel de droit constitutionnel, Paris, P.U.F., (5), p. 195; HAURIOU A. et GICQUEL J., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1980 (7), pp. 332 sq.

attributions de la fonction constituante. La question de l'existence de limites matérielles vise directement ces attributions et non pas, à l'inverse de celle des limites formelles, la procédure de la révision. La révision de la constitution n'est qu'une circonstance à l'occasion de laquelle se pose la question de l'existence des limites matérielles. Elle ne saurait constituer le cadre de la problématique.

Une seconde réduction est opérée par l'énoncé classique du problème des limites matérielles. On se demande, en effet, si le pouvoir de révision est tenu de respecter "certaines règles de la constitution". Pourquoi restreindre a priori à des règles de la constitution les limites matérielles auxquelles devrait se soumettre le pouvoir de révision ? Certes, plusieurs auteurs envisagent que le respect d'autres règles puisse s'imposer aussi au titulaire du pouvoir de révision<sup>1</sup>. L'éventualité cependant est toujours envisagée dans une perspective interne, centripète, empêchant une réflexion systématique découlant directement alors du postulat de la compénétration de l'ordre juridique constitutionnel avec d'autres ordres juridiques.

La cause immédiate de cette double réduction du champ d'investigation vient sans doute du rapprochement qui est opéré habituellement, entre l'étude des limites formelles et celle des limites matérielles, sur fond de l'opération de révision constitutionnelle.

Ce rapprochement, cependant, ne s'explique qu'en raison d'une option plus fondamentale du droit constitutionnel : celle qui accorde à la constitution le primat et l'exclusivité de l'institution du droit dans l'Etat.

---

<sup>1</sup> Voy. infra, les chapitres 2 et 3 du Titre 2 de la première partie.

Ce postulat engendre une série d'équivoques qui se manifestent avec acuité lorsque l'on aborde la problématique des limites matérielles.

## SECTION 2. LA THESE DE LA PRIMAUTE DE LA CONSTITUTION, COMME REGLE FONDATRICE DU DROIT DANS L'ETAT. EXPOSE ET CRITIQUE.

"Au commencement du droit est la constitution"<sup>1</sup>.

"La constitution est l'acte créateur de l'ordre juridique dans l'Etat"<sup>2</sup>.

Ces deux formules expriment avec concision et clarté un des postulats les plus fondamentaux du droit public classique : celui de la primauté et de l'exclusivité de la constitution comme règle institutrice du droit dans l'Etat.

On peut y lire en filigrane les composantes essentielles que l'on attribue généralement à cette primauté. On va les exposer.

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 14.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., ibid.

## § 1. La constitution est chronologiquement première

Telle est la première composante de la primauté reconnue à la règle constitutionnelle, dans les traités de droit constitutionnel. Certes, admet-on, "des éléments préalables existent"<sup>1</sup> : des hommes, un territoire, un embryon même d'organisation; la constitution, cependant, accomplit une métamorphose résolument originale puisqu'elle dote cette communauté de fondements juridiques. Plaider pour le caractère initial de la constitution c'est, bien sûr, et les constitutionnalistes ne s'y méprennent pas, opérer une subsumption du fait par le droit. "A moins de prétendre expliquer le droit par le fait, cette transformation radicale ne peut être attribuée qu'à une opération de caractère juridique"<sup>2</sup>. C'est aussi ériger la constitution comme le début absolu - le qualitatif n'est pas trop fort - du processus de création du droit. Ceci détermine le sort réservé à la constitution, non seulement dans le sens d'une hiérarchie descendante (la constitution est la condition préalable à l'élaboration des normes inférieures de l'Etat), mais encore dans le cadre d'une hiérarchie ascendante (dans ses rapports avec le droit international, par exemple). Car c'est bien d'une philosophie juridique de l'Etat souverain à l'intérieur comme à l'extérieur dont il s'agit ici : la constitution définit aussi les conditions de son appartenance au droit inter-étatique.

Elle commence donc aussi bien le droit "infraétatique" que le droit "interétatique" dans lequel un Etat veut bien s'insérer<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 14.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., ibid.

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., pp. 15 et 17, n° 5. Voy. aussi MAST A. et DUJARDIN J., Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht, Gent, Story Scientia, 1983, p. 101.

La primauté chronologique de la constitution porte en elle les germes d'une controverse devenue classique, liée à la coexistence de l'ordre juridique de l'Etat avec d'autres ordres étatiques et avec l'ordre juridique international.

Cette difficulté sera rencontrée par la suite<sup>1</sup>.

## § 2. La constitution est logiquement première.

La primauté chronologique de la constitution emporte avec elle et réciproquement sa primauté logique. Puisque la constitution institue le droit dans l'Etat, elle l'ordonne. Le grec dispose d'un seul verbe - "ἀρχεῖν" - pour exprimer cette double vocation au "commencement" et au "commandement". Faut-il en déduire, avec Carré de Malberg, que "l'Etat doit avant tout son existence au fait qu'il possède une constitution"<sup>2</sup> ?

La conclusion est excessive, estime M. Delperée, et d'évoquer l'Etat britannique "qui trouve son assise dans un droit né des pratiques d'une société politique et conforté par l'adhésion que l'opinion publique leur apporte"<sup>3</sup>.

L'apparente divergence de ces deux opinions provient peut-être de l'amalgame opéré entre les deux sens reconnus traditionnellement à la constitution : sa signification formelle et sa signification matérielle.

<sup>1</sup> Chapitre 3 du Titre 2 de la première partie.

<sup>2</sup> CARRE de MALBERG R., Théorie de l'Etat, Paris, Sirey, T. 2, 1922, p. 65.

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 15.

Si l'apparat de la solennité semble manquer à certains systèmes juridiques, et qu'en un sens "il n'existe pas de constitutions coutumières"<sup>1</sup>, l'un et l'autre auteurs saperaient les fondements de sa théorie de l'Etat, s'ils n'iaient que des règles coutumières fondamentales<sup>2</sup> président au destin de tout Etat. Il faut dénoncer l'excès de formalisme qui a conduit, en définitive, à distinguer, en les opposant, un sens formel et un sens matériel au concept de constitution. Carré de Malberg s'y emploie d'ailleurs avec force : "Cette distinction entre les deux concepts, formel et matériel, de constitution a été souvent reproduite dans les traités de droit public. Elle demeure pourtant dépourvue de valeur, du moins du point de vue juridique"<sup>3</sup>.

La thèse de la primauté logique de la constitution se concevrait mieux si elle retenait sans hésitation la double dimension - formelle et matérielle - contenue dans le terme de "logique". L'indissolubilité de ces deux prédicats n'empêche nullement d'ailleurs une diversité de combinaisons d'Etat à Etat, et notamment quant au choix de modalités formelles (constitution écrite ou non) et matérielles.

Entendue dans ce sens, la formule de M. Delperée : "C'est la constitution qui crée l'Etat en droit" ne doit plus être tempérée<sup>4</sup>. Puisqu'aucun Etat ne saurait se concevoir en dehors d'un ordre juridique, il faut nécessairement que la communauté désireuse de devenir un Etat se dote d'une constitution.

La constitution ratifie, d'une certaine façon, l'existence juridique d'un groupe politique en lui conférant sa souveraineté, et

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 59.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 61. Voy. aussi MAST A. et DUJARDIN J., op. cit., n° 72.

<sup>3</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., p. 572.

<sup>4</sup> M. Delperée ponctue en effet l'affirmation d'un "le plus communément" (op. cit., p. 15) qui entretient la confusion dénoncée précédemment.



elle devient le témoin et le garant de l'indépendance et de l'invulnérabilité de sa volonté<sup>1</sup>. La thèse de la primauté logique de la constitution suscite encore une autre difficulté : faut-il comprendre que la constitution surgit dans un champ juridique vierge ?

Source de droit de l'Etat, elle ne "saurait être une manifestation de droit étatique"<sup>2</sup>. Pourtant, on admet qu'elle est une règle de droit<sup>3</sup>. D'où tire-t-elle alors sa force juridique ?

L'école positiviste a longtemps refusé de traiter cette question, sous prétexte qu'elle n'était pas juridique : on ne peut "donner une construction juridique aux événements ou aux actes qui ont pu déterminer la fondation de l'Etat et de sa première organisation"<sup>4</sup>. Sinon, le droit serait antérieur à l'Etat. Or, poursuit le même auteur, "la puissance positive de commandement et de coercition, c'est proprement la puissance étatique (...)", dès lors, "il est vain de rechercher le fondement ou la genèse juridiques de l'Etat. L'Etat étant la source du droit, ne peut avoir lui-même sa source dans le droit"<sup>5</sup>.

Il en est de même d'ailleurs du pouvoir originaire qui préside à l'élaboration de la loi fondamentale.

---

<sup>1</sup> Dans ce sens, TOSCH E., Die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers an den Willen des historischen Verfassungsgebers, Berlin, Duncker und Humblot, 1979, p. 18.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 81; MAST A. et DUJARDIN J., op. cit., p. 101 : "buiten het bereik van de gestelde machten".

<sup>3</sup> BURDEAU G., Traité..., op. cit., p. 183.

<sup>4</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., p. 490.

<sup>5</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., ibid.. Et aussi OLIVECRONA K., Law as fact, London, Stevens and sons, 1971 (2), p. 96.

L'objection du Professeur Burdeau à cette thèse paraît pertinente : on ne peut rejeter hors du droit l'acte créateur de la première constitution de l'Etat, pas plus que l'exercice dans sa plénitude du pouvoir constituant<sup>1</sup>.

Pour résoudre la difficulté, il suggère de recourir au postulat contraire et affirme la juridicité du pouvoir originaire<sup>2</sup>. Même issu d'une révolution et en l'absence de toute investiture légale, "il n'est pas pour autant une force matérielle", son but est de "constituer l'Etat (...), c'est-à-dire d'établir les fondements de l'ordre juridique nouveau. A priori, il est ainsi subordonné à l'idée du droit. Plus exactement, le pouvoir victorieux issu de la révolution se revendique de la volonté du souverain. "Le souverain, c'est, abstraitement, la force politique dont dépend la substance de l'idée de droit; pratiquement c'est le peuple"<sup>3</sup>. La force juridique de la constitution vient de l'autorité du pouvoir constituant à qui revient la prérogative de dire ce qui est du droit<sup>4</sup>.

M. Burdeau reconnaît à l'autorité investie de la mission d'édicter la constitution le pouvoir d'authentifier comme normes de droit les règles fondamentales d'un Etat. Cette solution reste partielle et en cela insatisfaisante.

Fondée sur un postulat - celui de la souveraineté du peuple -, elle ne parvient pas à justifier des arguments juridiques l'origine de cette plénitude. La théorie ainsi énoncée recule, sans les abolir pour autant, les frontières posées par l'école positiviste dans sa tentative d'explication de l'origine du droit étatique.

---

<sup>1</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., n° 94.

<sup>2</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 216.

<sup>3</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 219.

<sup>4</sup> TOSCH E., op. cit., p. 31.

Sans nier, bien sûr, leurs différences, la théorie de Carré de Malberg et celle de M. Burdeau ne peuvent s'affranchir de la distinction faite par Sièyes entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués.

On rappellera que, pour Sièyes, l'existence collective du pouvoir constituant précède, transcende et domine la constitution et lui confère ainsi son investiture juridique. "La volonté nationale (...)", écrivait-il, "est à l'origine de toute légalité"<sup>1</sup> 2.

Il faut se demander si la source de ces raisonnements circulaires ne provient pas d'une extrapolation abusive de la portée donnée à la primauté "logique" de la constitution. Si la constitution crée bien le droit de l'Etat, peut-on affirmer cependant qu'elle crée le droit dans l'Etat ? Pareille conception est spécifique à la philosophie juridique des Etats de droit. Elle déduit du caractère singulièrement achevé de la production juridique de ceux-ci l'exclusivité de cette production.

Le postulat du pluralisme, auquel l'observation contemporaine du phénomène juridique amène, réfute cette assimilation et permet, en ce sens, d'éviter l'impasse à laquelle on se heurte ici<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SIEYES E., Qu'est-ce que le Tiers Etat ?, Genève, Droz, 1970, p. 182.

<sup>2</sup> L'actualité de la distinction est régulièrement rappelée en droit public allemand dont l'article 146 du B.G.G. pose une difficulté particulière touchant à l'autorité du législateur-constituant de 1949 par rapport à celui qui procèderait à la rédaction d'une constitution véritable en cas de réunification du peuple allemand.

Voy. STEINER U., Verfassungsgebung und Verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Berlin, Duncker und Humblot, 1966, pp. 202 sq.; MURSWIEK D., Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin, Duncker und Humblot, 1978.

<sup>3</sup> Voy. infra, IIe partie.

### § 3. La constitution est idéologiquement première.

La suprématie de la constitution, convient-on enfin, s'impose en raison du contenu des règles qui la composent.

La constitution, en effet, rassemble les règles fondamentales de l'Etat "puisque ce sont elles qui lui donnent une existence juridique à la fois en spécifiant la nature de l'institution par l'idée de droit qu'elle incarne et en la dotant d'organes qui lui permettent de s'extérioriser dans la vie sociale"<sup>1</sup>. On préférera la formule de M. Burdeau qui retrace mieux que d'autres comment la constitution véhicule l'idéologie juridique fondamentale d'un Etat. On ne saurait trop insister sur ce point. "La Constitution fonde juridiquement l'idée du droit dominante en énonçant et en sanctionnant le finalisme de l'institution étatique"<sup>2</sup>.

Il serait faux de penser que la tâche d'organisation de l'Etat soit pure technique, désincarnée ou abstraite. La constitution, bien au contraire, traduit en droit un compromis<sup>3</sup> entre les forces sociales et politiques ayant choisi de protéger et de prolonger leur coexistence dans un respect mutuel. En créant les fondements de la validité d'un ordre juridique nouveau, la constitution trace les voies juridiques qui assureront la souveraineté de l'Etat.

---

<sup>1</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., p. 192. Dans le même sens, MAST A. et DUJARDIN J., op. cit., p. 100; OLIVECRONA K., op. cit., pp. 96-97.

<sup>2</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 193. Dans le même sens, DELPEREE F., op. cit., p. 16; MAST A. et DUJARDIN J., op. cit., p. 102, dont l'expression "in hoofdzaak een politieke norm" paraît cependant plus restrictive et plus ambiguë, surtout quant au contenu véritablement juridique de la norme fondamentale.

<sup>3</sup> LÖWENSTEIN K., Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, Walter de Gruyter and Co, 1961, p. 129.

C'est un compromis historique qui détermine le choix du type de souveraineté (monarchique ou démocratique par exemple<sup>1</sup>; la constitution n'est jamais que l'adaptation juridique d'un choix politique antérieur. Il est significatif que les traités de droit constitutionnel insistent moins sur cette troisième composante de la primauté constitutionnelle. Ce silence relatif s'explique-t-il par la gêne qu'éprouvent beaucoup de juristes à admettre les orines factuelles du premier acte juridique d'un Etat ?

Soutenir que la constitution est l'acte juridique fondateur du droit de et dans l'Etat soulève une difficulté spécifique liée, cette fois, à la dialectique du fait et du droit. D'allure spéculative, cette question est particulièrement délicate à résoudre, si l'on s'interroge sur les incidences en droit constitutionnel. En reconnaissant à la règle constitutionnelle une primauté idéologique, on révèle ses racines factuelles et découvre, partant, une instabilité tirée du caractère nécessairement changeant de ces sources. Cette précarité soudain dévoilée de la règle constitutionnelle ébranle, en son fondement même, la pyramide juridique que l'on s'efforçait au contraire d'ancrer par la thèse de la primauté de la constitution.

---

<sup>1</sup> Pour une illustration de ceci et une application :  
à la Belgique, voy. MAST A. et DUJARDIN J., op. cit.,  
n° 5-6-7;  
à la Suisse, voy. BUHLER F., Verfassungsrevision und Generationen problem, Freiburg, Universitätsbuchhandlung, 1949,  
pp. 100 sq.;  
à la République de Weimar, voy. SCHMITT C., Verfassungslehre, München und Leipzig, 1928, Berlin, 1957, pp. 20 sq.  
et pp. 99 sq.

#### § 4. Synthèse.

La primauté chronologique et idéologique reconnue généralement à la constitution spécifique, on l'a montré, certains traits de cette règle juridique. Il ne faut pas, cependant, opérer des extrapolations qui, en réduisant le champ de la réflexion au droit constitutionnel étatique, conduisent inévitablement à des impasses. Trois apories, en particulier, en découlent qui compromettent la théorie des limites matérielles élaborée dans la foulée de ces déductions. La description que l'on entreprend de celles-ci permettra d'entrevoir, a contrario, l'utilité d'une autre définition du champ de la problématique des limites matérielles.

### SECTION 3. LES TROIS APORIES INHERENTES A UNE THEORIE DES LIMITES MATERIELLES FONDÉE SUR LE POSTULAT DE LA PRIMAUTE DE LA CONSTITUTION.

#### § 1. La nature du pouvoir constituant.

Une première corrélation, établie à partir de la primauté reconnue à la constitution, est formulée en ces termes par Sièyes : "la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué mais du pouvoir constituant"<sup>1</sup>. Loin de tenir là un propos banal, Sièyes amorçait une controverse dont la science du droit public ne s'est pas encore sortie. Le député français posait, en effet, les prémisses de la théorie de la séparation du pouvoir constituant

---

<sup>1</sup> SIEYES E., op. cit., pp. 180-181.

d'avec les pouvoirs constitués : les pouvoirs constitués n'existent que dans l'ordre juridique, inauguré par la constitution; le pouvoir constituant cependant demeure en dehors de l'Etat constitué.

Cette affirmation récuse la thèse rousseauïste du "contrat social" selon laquelle loi et constitution ne sont qu'un aspect de la volonté générale<sup>1</sup>. Le pouvoir constituant préexiste à la création de la constitution; mais il lui survit aussi, selon Sièyes : le pouvoir constituant est permanent : il est l'expression de la la volonté de la nature. Or, "la nation se forme par le seul droit naturel (...). La nation est tout ce qu'elle peut être par cela seul qu'elle est"<sup>2</sup>. Dès lors, la nation n'est soumise à aucune constitution puisque jamais elle n'a pu recevoir une forme positive. Pas plus d'ailleurs, elle ne pourra aliéner sa volonté : "une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive"<sup>3</sup>.

Un argument ontologique et un argument déontologique s'opposent donc à l'aliénation de la volonté nationale pour l'avenir. Les révolutionnaires français, et Sièyes avec eux, ont cependant pratiquement refusé les conséquences de cette théorie en confondant dans l'interprétation du régime représentatif la volonté constituante et la volonté constituée<sup>4</sup>. Sièyes, en effet, remarquait qu'une "grande nation ne peut s'assembler elle-même en réalité toutes les fois que des circonstances hors de l'ordre commun pourraient l'exiger, il faut qu'elle confie à des représentants extraordinaires les pouvoirs nécessaires dans ces occasions<sup>5</sup>. Ce

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU J.J., Le contrat social, Paris, Seuil, 1967, livre I, chapitre 7. Pour une critique systématique de la thèse "contractuelle" de Rousseau, voy. M. Buhler qui situe la problématique dans la perspective des thèses de Thomas Jefferson sur la revision constitutionnelle (op. cit., pp.7 sq, 22 sq et 85 sq).

<sup>2</sup> SIEYES E., op. cit., p. 181.

<sup>3</sup> SIEYES E., op. cit., p. 182.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Traité..., op. cit., n° 80.

<sup>5</sup> SIEYES E., op. cit., p. 185.

corps de représentants "supplée à l'Assemblée de cette nation" (...). "il remplace la nation dans son indépendance de toutes formes constitutionnelles"<sup>1</sup>. Carré de Malberg a stigmatisé ce glissement et dénoncé ce "dédoublement" de la souveraineté de l'Etat. La souveraineté de l'Etat est unique; elle "consiste, d'une façon uniforme et invariable, dans le pouvoir qui appartient à la nation d'exprimer et d'imposer sa volonté par ses organes réguliers, et cela quel que soit l'objet que cette volonté se propose"<sup>2</sup>.

Sans abandonner le principe de la séparation du pouvoir constituant d'avec les pouvoirs constitués, c'est son aménagement dans la représentation de la souveraineté populaire, dès lors dédoublée, que Carré de Malberg refuse. Il faut fonder cette séparation "souhaitable" sur une autre doctrine : celle de la "souveraineté exclusive de la nation"<sup>3</sup>. Or, la souveraineté nationale reste, selon cet auteur, purement factuelle et dénuée de toute signification juridique. Au commencement est une nécessité de fait, celle de la souveraineté nationale; celle-ci se mue en fait juridique par l'opération des règles fondatrices. Nul ne peut invoquer un droit à l'exercice du pouvoir constituant avant l'adoption de la loi fondamentale. D'autant que la compétence fonctionnelle ne découle jamais d'un droit personnel, "mais d'une vocation créée par le statut de la nation"<sup>4</sup> : ce qu'est précisément la constitution.

Cependant, ce statut doit tenir compte de la nécessité de fait : la constitution ne pourrait désigner n'importe lequel des organes

---

<sup>1</sup> SIEYES E., op. cit., ibid.

<sup>2</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., n° 452 sq. et p. 539.

<sup>3</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., n° 455.

<sup>4</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., p. 483.



étatiques comme constituant<sup>1</sup>. De même, aucun homme ou aucun groupe d'individus ne peut immobiliser la souveraineté collective. Ni même un seul organe : cet organe ne pourrait, par exemple, sans empiéter sur les prérogatives de la nation, modifier seul ses compétences. Logiquement donc, le principe de la souveraineté nationale implique que l'organe constituant originaire mais aussi dérivé soit différent des organes constitués<sup>2</sup>. Carré de Malberg plaide pour une spécialité du pouvoir constituant en général. Sièyes a, selon lui, perverti cette exigence en introduisant le système de la représentation nationale qui investit l'organe de la fonction constituante de la plénitude de puissance de la nation souveraine<sup>3</sup>.

"Il faut substituer au système de souveraineté populaire avec régime représentatif, celui d'une Assemblée constituante fondée sur la souveraineté absolue de la nation". L'Assemblée reçoit seulement le pouvoir de constituer et le détient au nom de la nation. "La nation seule, agissant par l'ensemble de ses organes est souveraine"<sup>4</sup>.

Le raisonnement de Carré de Malberg paraît implacable; il appelle pourtant des réserves car il n'assume pas aussi pleinement qu'il ne le prétend une argumentation strictement juridique. Lorsqu'il décrit la transformation de la souveraineté nationale en une réalité juridique, par l'effet de l'adoption de la constitution, il dote une seule substance (la nation) de deux essences (juridique et factuelle) incompatibles. Ensuite, il se sert indistinctement des deux essences, et les prédicats respectifs qu'on pourrait leur donner sont affectés confusément à l'une et à l'autre.

---

<sup>1</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., n° 447.

<sup>2</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., n° 448.

<sup>3</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., n° 452.

<sup>4</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., ibid.

Cette contradiction importunerait seulement les logiciens, si elle ne masquait pas le caractère arbitraire de la désignation de la nation comme souverain. La théorie de Carré de Malberg est insatisfaisante en ce qu'elle conduit à spécifier le peuple souverain comme constituant en tant qu'une réalité de droit. Le principe de la souveraineté populaire n'est qu'un postulat, parmi d'autres et en outre, il est de nature politique et non pas juridique. On ne peut donc déduire de lui aucune nécessité juridique d'attribution de la force constituante à la nation. La validité de la constitution ne saurait se dégager de l'autorité populaire<sup>1</sup>.

Le positivisme de Carré de Malberg n'a pas pu élaborer le cadre conceptuel adéquat pour répondre à la question du fondement du pouvoir juridique du peuple; il rejoint en cela l'échec subi par d'autres auteurs qui, tel Carl Schmitt, interprétaient la vocation du peuple comme le résultat d'une préséance de "droit naturel". La confusion est d'ailleurs entretenue par nombre de déclarations éclatantes qui, dans une série de pays, se revendiquent de l'autorité d'un peuple, jamais consulté, pour consacrer une prise de pouvoir par des forces (telle l'armée) ou des individus (tel le dictateur). Le réalisme politique et la science du droit se rejoignent encore qui, en rédigeant, en interprétant, les préambules de certaines constitutions démocratiques, occultent le rôle idéologique véritable de la caution populaire : cet instrument très particulier ressemble davantage alors à une proclamation qu'à une règle juridique. Contrairement, par exemple, à l'affirmation inaugurant la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 29 mai 1949 ainsi qu'aux articles 20, paragraphe II, et 146 de la même loi, le conseil parlementaire qui en a rédigé le texte n'était nullement l' élu du peuple, lequel d'ailleurs n'a pas été consulté après son adoption par l'Assemblée. Ainsi, le préambule de la loi fondamentale contient-il une fiction juridique<sup>2</sup>. Même l'argument de l'assentiment a posteriori

<sup>1</sup> TOSCH E., op. cit., pp. 86-87.

<sup>2</sup> TOSCH E., op. cit., p. 85; HOFMANN H., Legitimität und Rechtsgeltung, Berlin, Duncker und Humblot, 1977, p. 74.

quand le référendum d'approbation est obligatoire, ne suffit pas à fonder en droit la souveraineté du peuple. Des auteurs ont tiré argument du droit des gens pour y trouver la norme instituant le pouvoir constituant interne d'un Etat.

En Allemagne, par exemple, M. Herzog prétend que la loi fondamentale de mai 1949 découlerait de la suprématie conférée par le droit d'occupation, norme de droit international<sup>1</sup>. Comment expliquer alors que la loi de Bonn soit du droit allemand ? Sa validité juridique ne saurait dépendre d'un droit étranger, réfute M. Tosch<sup>2</sup>, dans la plus stricte ligne du monisme étatiste. L'état fédéral n'est pas davantage l'effet d'une sorte de contrat international entre les futurs états membres du Bund relevant du droit des gens<sup>3</sup>.

La théorie de M. Burdeau<sup>4</sup> est plus subtile. A défaut d'une norme juridique désignant le pouvoir constituant, une certaine idée juridique innée s'imposerait et justifierait les prérogatives du pouvoir constituant. Lui qui engendre la contrainte juridique ne peut logiquement être seulement l'écho d'un événement historique; il procède au moins d'une idée de droit véhiculée par une espèce de "droit coutumier international".

Plus radicale, mais excessive est la pensée de certains sociologues pour qui la constitution est un simple acte matériel<sup>5</sup>. Il n'existe pas de norme juridique instituante; le droit ne peut jaillir que du droit. Encore faudrait-il, ce qu'ils omettent de faire, montrer pourquoi les faits sociaux seraient la source unique du droit. Une série de facteurs contribuent à la formation du

<sup>1</sup> HERZOG R., Allgemeine Staatslehre, Frankfurt, Atheneum-Verlag, 1972, p. 315.

<sup>2</sup> TOSCH E., op. cit., p. 88.

<sup>3</sup> Dans ce sens, APELT W., "Um Recht und Gerechtigkeit", in Festgabe für Erich Kaufman, Stuttgart-Köln, 1950, p. 13.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., T. III, p. 116.

<sup>5</sup> SOMLO F., Juristische Grundlehre, Leipzig, 1927 (2), p. 310

pouvoir constituant sans qu'aucun ne mérite de détenir le seul le titre de créateur du droit.

L'impasse à laquelle semble se heurter l'ensemble de ces raisonnements ne vient-elle pas de la thèse communément admise selon laquelle la constitution acquerrait sa force juridique ex abrupto ? Ne faut-il pas plutôt reconnaître que celle-ci n'atteint que progressivement et toujours partiellement un statut juridique ex abrupto ?

Ne faut-il pas plutôt reconnaître que celle-ci n'atteint que progressivement et toujours partiellement un statut juridique ?

Cette idée, assurément, est difficile à soutenir si l'on affirme par ailleurs le rôle juridique fondateur de la constitution. Pourtant, si l'on ne s'obstinait pas en vain à fixer un moment ponctuel de la création du droit dans l'Etat, on éviterait aussi ce débat infécond sur la nature du pouvoir constituant. Au lieu, en effet, de chercher à spécifier ce pouvoir a priori (sur le modèle de la constitution), il faut admettre que sa dépendance normative est, elle aussi, progressive. On évite ainsi un deuxième obstacle qu'affronte le droit constitutionnel classique : celui de la dichotomie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir dérivé.

§ 2. La dichotomie entre le pouvoir originaire et le pouvoir dérivé.

La plupart des ouvrages de droit constitutionnel opèrent une discrimination entre deux titulaires potentiels du pouvoir constituant : le pouvoir originaire et le pouvoir dérivé<sup>1</sup>. Certains auteurs accentuent même le caractère originaire du pouvoir plutôt que la nature de son activité, sous prétexte que le recours à un critère matériel est chimérique pour celui qui veut définir le pouvoir constituant<sup>2</sup>. Chacun s'entend cependant pour reconnaître que le pouvoir constituant ne s'épuise pas dans le premier usage qu'il fait de ses prérogatives<sup>3</sup>. M. Burdeau énonce ainsi sa thèse de la "permanence du pouvoir originaire"<sup>4</sup>.

Au pouvoir originaire revient l'"autonomie" dans le choix du contenu de ses volontés et l'"indépendance" par rapport à toute forme préexistante<sup>5</sup>. Cependant, dans un "souci légitime de garantir contre les emportements du souverain la stabilité des institutions en vigueur"<sup>6</sup>, il faut que pratiquement on envisage sa coexistence avec un organe constitué institué. Ce dernier, pourtant, n'élimine jamais le pouvoir originaire, il est seulement compétent pour des révisions limitées; le souverain, enfin, peut toujours s'immiscer dans l'opération de révision<sup>7</sup>. L'indépendance du pouvoir constituant originaire revêt, selon M. Burdeau, une

---

<sup>1</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., T. IV, n° 89.

<sup>2</sup> HERAUD G., L'ordre juridique et le pouvoir originaire, Toulouse, thèse, 1946, p. 3.

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., p. 85.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., p. 207.

<sup>5</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., p. 211.

<sup>6</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 212.

<sup>7</sup> BURDEAU G., op. cit., n° 93.

signification politique : c'est l'instrument du souverain<sup>1</sup>. Ainsi, envisagée strictement dans sa perspective étatique interne, la liberté du pouvoir originaire paraît maximale, alors que celle du pouvoir de révision est, par essence, limitée. Outre les limitations de forme, le pouvoir de révision créé par la constitution ne pourrait abroger celle-ci sans détruire en même temps le fondement de sa propre compétence. Il ne s'agit pas, précise M. Burdeau, d'"un dédoublement de la puissance dans l'Etat", mais de la "séparation" (...) "entre la volonté du souverain, extérieure à toute organisation étatique et rebelle à tout asservissement par un organe quel qu'il soit, et la compétence d'un organe chargé, à l'intérieur de l'organisation étatique, de mettre en oeuvre la puissance d'Etat"<sup>2</sup>.

Parti du même axiome - le pouvoir constituant originaire n'épuise pas sa compétence en une fois - le professeur Delperée émet une objection à la théorie de M. Burdeau. Bien que le souverain "pré-existe" et "coexiste" tout à la fois à la "société politique institutionnalisée"<sup>3</sup>, l'"action alternative d'un constituant originaire et d'un constituant organisé n'est pas concevable si elle signifie que le premier peut, à son gré, mettre le second en veilleuse et s'y substituer. Le constituant originaire ne peut agir qu'après avoir anéanti le constituant dérivé et avec lui les autres pouvoirs constitués"<sup>4</sup>. Cette disparition est le fait d'une révolution qui, selon M. Delperée, procède, dans sa volonté de bouleverser les institutions, d'un mouvement inverse et donc inconciliable avec le souci de "pérennité" inscrit dans une constitution. La liberté du pouvoir originaire n'est jamais maximale; une "coutume préconstitutionnelle"<sup>5</sup> dirige l'oeuvre du pouvoir constituant, qui doit tenir compte des éléments (formes, organes, procédures) qu'elle authentifie. Ensuite, il s'oblige à respecter lui-même les règles de forme ou de procédure qu'il érige : qu'il

<sup>1</sup> BURDEAU G., op. cit., n° 108.

<sup>2</sup> BURDEAU G., op. cit., pp. 250-251.

<sup>3</sup> DELPERÉE F., op. cit., p. 84.

<sup>4</sup> DELPERÉE F., op. cit., p. 85.

<sup>5</sup> DELPERÉE F., op. cit., p. 61, n° 32.

utilise des techniques d'inspiration autoritaire, démocratique ou monarchique, le pouvoir constituant se lie pour l'avenir, même immédiat, de son action<sup>1</sup>. Sa liberté juridique enfin (et non pas politique, puisque celle-ci peut toujours éclater dans un phénomène révolutionnaire) s'efface devant l'organe dérivé - le pouvoir de révision - qu'il a lui-même institué. A son tour, le pouvoir de révision est tenu de respecter les limites de fond et de forme que lui enjoint son statut constitutionnel.

Sur ce point, M. Delperée rejoint les thèses de M. Burdeau. Les deux auteurs donnent, en effet, une description très idéaliste des pouvoirs constituant et dérivé au préjudice d'une explication systématique de leurs rapports. Aucun des deux, par exemple, ne précise le mode de leur agencement, pas plus qu'ils ne justifient comment s'exerce le rôle inhibiteur de la constitution à l'égard de sa révision totale. Aucun des deux raisonnements ne résout, en définitive, la question d'un point de vue juridique.

Il faut s'interroger sur l'opportunité de cette bipolarisation qui, sous le parrainage de Sièyes, pose la question du pouvoir constituant à partir d'une dichotomie entre un pouvoir originaire et un pouvoir dérivé. Pareille doctrine se méprend d'abord lorsqu'elle déduit de ce clivage une différence de degré<sup>2</sup>, une différence d'organes<sup>3</sup> ou une différence d'objet<sup>4</sup> dans l'exercice de l'oeuvre constituante.

La question de l'autonomie réservée quant à l'objet à l'exercice de l'oeuvre constituante concerne une fonction et pas un pouvoir. La fonction désigne, en effet, un ensemble d'attributions, le pouvoir n'est que l'organe qualifié pour les accomplir. Alors que

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 44.

<sup>2</sup> BISCARETTI DI RUFFIA P., Diritto costituzionale, Napoli, Jovene Editore, 1977 (11), pp. 234 sq.; MORTATI C., La costituzione materiale, Padova, Cedam, 1940, pp. 207-208.

<sup>3</sup> Voy. la doctrine francophone citée plus haut et SCHMITT C., op. cit.

<sup>4</sup> BARILE P., Potere costituente, p. 6.

les attributions d'une fonction s'imposent, la répartition de celles-ci entre les pouvoirs est le résultat d'une décision qui fait intervenir autant de considérations politiques que d'aménagements juridiques. La possibilité de modifier et de réviser un texte constitutionnel est toute entière contenue dans les attributions de la fonction constituante, quel que soit le pouvoir qui l'exerce. La fonction subsiste; c'est elle, et non le pouvoir, qui est permanente. En un sens, elle transcende la création de l'Etat en droit. Cette dernière considération permet d'exposer une seconde méprise qui découle de la dichotomie opérée entre pouvoir originaire et dérivé.

En tentant d'intégrer le pouvoir constituant à la structure juridique de l'Etat et en confondant l'exercice d'un pouvoir avec les attributions d'une fonction, on omet de considérer l'éventualité théorique et pratique selon laquelle les attributions de la fonction constituante pourraient être restreintes en raison de l'influence normative subie en raison d'autres ordres juridiques que celui de l'Etat. La désignation d'un moment originaire et d'un moment dérivé dans l'exercice du pouvoir constituant est non seulement superflue, mais elle engage mal la problématique des limites matérielles. La bipolarité dont on qualifie le pouvoir constituant est artificielle et donne, à son tour, la mesure de l'infécondité du raisonnement qui, pour réfléchir sur l'existence des limites matérielles, envisage seulement l'opération de la révision constitutionnelle, telle qu'elle s'exerce dans un Etat.



### § 3. L'autonomie du pouvoir de révision.

S'il faut encore convaincre de la nécessité d'élargir la problématique des limites matérielles, on exposera enfin une troisième impasse que ne peuvent éviter les théories s'intéressant seulement à l'incidence des limites matérielles sur l'opération de révision constitutionnelle dans le contexte exclusif du droit de l'Etat. Intrinsèquement liée à la discussion sur la nature du pouvoir constituant et à la bipolarité qu'on lui reconnaît généralement, la question de l'autonomie du pouvoir de révision forme habituellement le noeud du débat qui s'engage autour de la problématique des limites matérielles.

Les clauses relatives à la révision d'une loi fondamentale témoignent du souci d'assurer la continuité de l'Etat et du droit par leur subordination aux normes supérieures qui les instituent. L'inscription du droit dans la durée est, à lire les constitutionnalistes les plus éminents, la quête sinon l'oeuvre des normes fondamentales. La vocation des normes de révision est tout à fait décisive dans la réussite de cet objectif, semble-t-il. "Réviser une constitution", écrit M. Haug, "c'est s'assurer de la continuité formelle de l'ordre juridique"<sup>1</sup>.

Des divergences très nettes apparaissent cependant lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir qui revient effectivement à l'organe chargé de la révision de la constitution.

Les auteurs qui estiment qu'il n'y a de pouvoir constituant qu'originnaire affirment que l'organe de révision n'est qu'une parodie du pouvoir véritable, rien n'empêche, dès lors, qu'il

---

<sup>1</sup> HAUG H., Die Schranken des Verfassungsrevision, Zürich, Schulthess and Co, 1947, p. 156.

s'affranchisse des règles fixées auparavant au sujet de la révision. Burckhardt considère que cette déduction est logique<sup>1</sup> : la constitution originaire est une "res facti", son autorité est purement factuelle. A l'instar des règles originaires, les révisions constitutionnelles ne peuvent être subordonnées à aucune règle de droit et demeurent, elles aussi, des "res facti".

Les prescriptions relatives à la réforme de l'Etat n'ont pas valeur de règles de droit véritables et ne peuvent limiter en droit et pour l'avenir l'action des constituants. M. Georges Burdeau, dans sa thèse de doctorat, développe une argumentation semblable. "Le droit offre le caractère de régler sa propre création; mais alors que toutes les règles juridiques sont posées en application d'une norme antérieure (...) la Constitution correspond à un système de normes qui ne se déduisent d'aucune autre, et le pouvoir de révision, subordonné quant à sa compétence à la règle initiale, tire sa puissance spéciale du fait que la règle qu'il pose n'est subordonnée à aucune autre"<sup>2</sup>. Dès lors, "la puissance de l'organe de révision lui-même est en définitive la même que celle de la norme fondamentale qu'il peut modifier, c'est-à-dire la puissance étatique suprême"<sup>3</sup>. Voilà la théorie qui sous-tend à l'époque la critique par M. Burdeau des lois du 6 août 1884 instituant la république comme forme définitive du gouvernement de la France. Il s'agit bien là d'un acte de foi (de la part des constituants) nécessairement dépourvu de sanction et qu'on ne pourrait légitimement opposer à la volonté nationale si elle venait à mettre en cause la forme du gouvernement"<sup>4</sup>.

Le droit public exprime parfois un autre point de vue.

<sup>1</sup> BURCKHARDT W., Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern, 1905, pp. 7 sq.

<sup>2</sup> BURDEAU G., Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles, op. cit., p. 99.

<sup>3</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 100.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Essai ..., op. cit., pp. 3 et 4.

Ainsi, Carré de Malberg critique-t-il sévèrement Burckhardt : les règles relatives à l'ordre juridique de l'Etat appartiennent à l'ordre juridique de l'Etat. "Au cas où les règles de la Constitution viendraient à être mises de côté, on entrerait purement et simplement dans le domaine du hasard et de l'arbitraire"<sup>1</sup>. Si une constitution survit, c'est qu'elle a trouvé une adéquation avec le milieu où elle est appelée à régner. En somme, "l'auteur de la constitution lui-même tire les pouvoirs qu'il a pu s'y réserver, non plus de sa propre puissance créatrice, mais bien de l'ensemble des circonstances qui fournissent à l'ordre constitutionnel en vigueur sa stabilité"<sup>2</sup>. Il en est de même pour les prescriptions visant la révision qui "tirent leur force, non de la pure volonté de leur auteur, mais de leur consécration par les circonstances qui ont fait que la Constitution où elles se trouvent contenues, est devenue la règle statutaire stabilisée de l'Etat"<sup>3</sup>. Des limites existent donc au pouvoir de réviser la constitution mais le caractère "juridique" de celle-ci est, on le remarque, relativement ambigu dans la mesure où il est totalement alimenté par des éléments de fait. Carré de Malberg ne sort pas de la contradiction déjà stigmatisée plus haut à propos de la démarche positive.

M. Burdeau a, plus récemment, modifié radicalement son opinion à propos des limites susceptibles d'entraver le plein exercice du pouvoir de révision. Non seulement, les limitations doivent être tenues pour certaines dès lors qu'elles sont inscrites dans le corps de la constitution, mais il y aurait encore "une restriction plus générale qui viserait à ne permettre au pouvoir constituant institué que des modifications partielles de la constitution et l'empêcherait d'accomplir celles qui auraient pour effet d'altérer la nature même du régime politique"<sup>4</sup>. Ceci découle de

---

<sup>1</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., note 17, p. 525.

<sup>2</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., note 17, p. 526.

<sup>3</sup> CARRE de MALBERG R., op. cit., ibid.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., p. 253.

l'hypothèse qu'il soutient de la coexistence d'un pouvoir constituant dénué de toute entrave, avec le pouvoir de révision "limité dans son principe même"<sup>1</sup>. Le pouvoir de révision doit, pour les mêmes motifs, respecter les règles relatives à l'intangibilité du régime (tel l'article 89 de la constitution française de 1958 qui prévoit l'immutabilité du caractère républicain de l'Etat)<sup>2</sup>.

L'auteur s'en explique clairement : "lorsque la Constitution interdit qu'il soit porté atteinte à la forme du régime ou à son esprit général, elle ne proclame nullement l'immutabilité absolue de ses institutions, ce qui serait un non-sens. Elle refuse seulement à l'organe de révision la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais, ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser". Parce que l'organe de révision est un organe constitué, "il est solidaire du régime établi par la Constitution et ne saurait, sans commettre un détournement du pouvoir, réviser les bases fondamentales du système politique auquel est liée son existence"<sup>3</sup>. La validité de la limite esst donc nettement circonscrite et ne touche que l'organe de révision, ne modifiant en rien l'autonomie du constituant originaire dont la coexistence avec le pouvoir institué et la permanence restent le postulat de Georges Burdeau.

Un constitutionnaliste suisse, Louis Dupraz, a repris à son compte les thèses de M. Burdeau pour les appliquer au droit public helvétique qui ne prévoit explicitement aucune restriction à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Le pouvoir constituant originaire, bien qu'antérieur au droit positif, est un pouvoir de droit, première manifestation de l'autorité souveraine de la nation<sup>4</sup>. En revanche, apprécier le degré d'autonomie

<sup>1</sup> BURDEAU G., *op. cit.*, p. 254.

<sup>2</sup> *Infra*, partie I, titre 1, chapitre 2, section 3.

<sup>3</sup> BURDEAU G., *op. cit.*, p. 258.

<sup>4</sup> DUPRAZ L., "De l'initiative en révision de la Constitution dans les Etats suisses", in *R.D.S.*, 1956, II, pp. 358 sq.

réservé au pouvoir constituant mis en action par l'initiative populaire, est une tâche à remplir à propos d'"un pouvoir constituant institué ou de révision (...), puisque l'initiative populaire déclenche un mécanisme constitutionnel"<sup>1</sup>.

"La simple présence de normes de révision dans une constitution, quelles qu'elles soient, atteste le fait de l'institutionnalisation du pouvoir constituant". (...), "en sa partie dérivée, le pouvoir constituant perd, (...), son caractère originaire, indépendant, autonome, sa faculté de création; il prend les caractéristiques de tout ce qui est institué"<sup>2</sup>.

Ainsi, résout-on en principe et d'une manière affirmative la question de la limitation du pouvoir de révision. Le titre de validité des normes de révision repose aussi sur la sanction donnée à la première constitution. Comme M. Burdeau, M. Dupraz conclut que l'"abrogation totale de la Constitution qui lui ferait perdre du même coup toute légitimation, échappe complètement à son activité"<sup>3</sup>.

Cette limitation concerne le seul organe révisionniste, le pouvoir originaire subsistant toujours et coexistant avec lui en toute souveraineté<sup>4</sup>.

Le professeur Delperée n'adopte pas ce postulat et s'écarte donc sensiblement de la position précédemment décrite. On sait pourquoi le publiciste belge réfute le principe d'une coexistence du pouvoir originaire et du pouvoir dérivé. La constitution belge, estime-t-il à bon droit, ne prévoit aucune limite matérielle au

<sup>1</sup> DUPRAZ L., op. cit., pp. 378-379.

<sup>2</sup> DUPRAZ L., op. cit., pp. 380-381.

<sup>3</sup> DUPRAZ L., op. cit., p. 386; BURDEAU G., op. cit., p. 261. Dans le même sens, F. Buhler insiste sur cet aspect dans le paragraphe consacré à l'examen du "droit à l'autodétermination des générations" (op. cit., pp. 81 sq.) où il défend la thèse d'une limite mise à celle-ci en raison du principe de la "responsabilité" qui consiste en un accord entre les générations passées et à venir, lequel assure, en définitive, la légitimité de la constitution (op. cit., p. 85).

<sup>4</sup> DUPRAZ L., op. cit., p. 389.

pouvoir de la réviser<sup>1</sup>. L'article 131 laisse toute latitude de la modifier mais n'autorise cependant que des révisions partielles. Les motifs indiqués sont multiples.

Au fond, d'abord, si le pouvoir dérivé créait, "en marge des dispositions" constitutionnelles, une nouvelle règle initiale, il ne ferait plus oeuvre de révision mais opérerait une véritable "révolution constitutionnelle"<sup>2</sup>. Il aménagerait ainsi une technique de révision permanente contraire aux principes énoncés par l'article 131 de la constitution. Mais, en outre, et la remarque n'est pas anodine, il agirait "en opposition avec la notion même de constitution"<sup>3</sup>. L'article 131 aurait "pour effet de rompre, non avec un certain ordre constitutionnel, mais avec tout ordre constitutionnel : l'opération d'abrogation sort alors du champ de l'analyse du constitutionnaliste. Supprimer, à l'occasion de la procédure de révision, la procédure même de révision, revient pour le constituant à se saborder et à détruire le fondement de sa compétence et de sa raison d'être"<sup>4</sup>. Cette interprétation, parfois contestée<sup>5</sup>, de l'article 131 de la constitution apporte une restriction sévère à la thèse de M. Burdeau, puisqu'en raison de l'hypothèse initiale, elle dénie tout caractère juridique à la manifestation de rupture qui consiste à abroger les articles de la constitution consacrés à sa révision.

En dépit de leurs différences, les thèses rapportées précédemment à propos de l'autonomie réservée au pouvoir de révision se réfèrent uniquement à l'ordre juridique de l'Etat où elles sont élaborées. Ceci est rendu inévitable par le fait qu'elles présentent les données de la problématique des limites matérielles à partir d'un pouvoir (le pouvoir de révision) et non dans la perspective

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 49-50 et infra, section 2, chapitre 2, titre 1 de la première partie.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 51.

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., ibid.

<sup>4</sup> DELPEREE F., op. cit., ibid.

<sup>5</sup> MASQUELIN J., "Etapas et procédure de la récente révision de la constitution", in Annales de droit, 1972, pp. 103 sq.

de la fonction constituante. L'inaptitude des concepts de pouvoir originaire et de pouvoir dérivé à élucider la problématique dont on s'occupe tient moins à leur manque de pertinence dans le contexte du droit constitutionnel interne qu'au champ d'investigation restreint où ils contiennent la science du droit public.

#### SECTION 4. L'ENSEIGNEMENT A TIRER DU CHAPITRE LIMINAIRE

Le postulat sous-jacent à la définition classique des données de la problématique des limites matérielles est celui de la primauté - chronologique, logique et idéologique - de la constitution. S'il n'est pas dénué de toute valeur opératoire quand il est appliqué à des matières relevant seulement du droit interne, il conduit à des impasses quand il s'agit d'aborder une question débordant le cadre du droit étatique. C'est le cas de la problématique des limites matérielles. Or, les données classiques la réduisent sur deux plans. Le choix du destinataire, d'abord, est inadéquat : ce n'est pas seulement le pouvoir de révision qui peut être confronté à des limites matérielles mais le titulaire, quel qu'il soit, de la fonction constituante. Le choix, ensuite, de l'espace juridique est, a priori, restreint à celui du droit étatique : on doit, au moins, envisager l'hypothèse selon laquelle des sources non étatiques peuvent créer des limites matérielles touchant la fonction constituante interne. Une double leçon est ainsi tirée de la critique des données classiques de la problématique.

Pour la poser correctement, il faut d'abord opérer un décentrement spatial : l'Etat ne peut engendrer ni ramener à lui seul tout principe d'explication de l'activité constitutionnelle. L'examen de la question des limites matérielles ne peut se faire en dehors d'une définition pluraliste du droit. Les perspectives

de solution, exposées précédemment, à la problématique des limites matérielles sont opacifiées par le positivisme étatique qui est incapable d'assumer la complexité juridique où évolue, aujourd'hui, le droit de l'Etat.

Un éclatement temporel, et c'est la deuxième leçon, est requis ensuite. Aucune solution satisfaisante ne sera donnée de la problématique des limites matérielles par la recherche d'un commencement absolu à l'activité juridique de l'Etat. Le débat sur le pouvoir originaire et le pouvoir dérivé situe sur une trajectoire seulement linéaire une problématique qui doit tenir compte de facteurs temporels plus diffus afin, notamment, de résoudre la difficulté que constitue la révolution face à l'existence de limites matérielles.

On ne peut anticiper sur ce qui fera l'armature de la deuxième partie de ce travail. Il faut retenir de ces développements que la problématique des limites matérielles, si elle est trop étroitement définie, conduit à des obstacles insurmontables lorsqu'on désire lui trouver une solution juridique. Il fallait insister sur l'importance d'une définition complète des données de la problématique avant d'en entreprendre l'examen systématique.



**IÈRE PARTIE. L'INVENTAIRE ET L'ETUDE COMPARATIVE DES LIMITES  
MATERIELLES SUSCEPTIBLES DE S'IMPOSER A L'EXERCICE  
DE LA FONCTION CONSTITUANTE**

APERCU INTRODUCTIF

La qualité de limite matérielle, écrivait-on à titre provisoire<sup>1</sup>, peut revenir à toute restriction frappant l'exercice de la fonction constituante imposée dans un Etat, par une norme constitutionnelle ou par une norme appartenant à un ordre normatif distinct avec lequel l'Etat entretient certains rapports de droit.

La généralité de cette définition laisserait supposer que la diversité des restrictions concevables est aussi grande que celle des matières qui entrent dans les attributions de la fonction constituante. Qu'en est-il en réalité ? C'est la question que pose la première partie de ce travail. L'identification des matières qui, pratiquement, font ou sont susceptibles de faire l'objet de ces restrictions est une démarche préalable indispensable pour pouvoir dégager ensuite toutes les conditions théoriques de leur validité. On découvre sans peine une première série de ces interdictions : elles figurent expressément dans le texte constitutionnel qui peut prévoir lui-même que certaines de ses clauses sont irréformables. L'inventaire et la description d'un échantillon de ces règles sont entrepris dans le titre 1 de

---

<sup>1</sup> Supra, Introduction générale, p. VI.

cette partie\*. Moins manifeste apparaît la seconde série de limites matérielles envisagées dans le titre 2 : elles résultent, en effet, d'une interprétation doctrinale. La lecture des textes constitutionnels ne suffit plus et l'observateur doit consulter les auteurs et la jurisprudence quand, à son tour, il est appelé, lui aussi, à se muer en inventeur.

La variété des opinions recueillies n'empêche pas de les regrouper en trois catégories suggérées par une approche encore empirique de la problématique générale des limites matérielles : ce sont les limites tacites autonomes<sup>1</sup>, les limites tacites hétéronomes déduites d'un ordre normatif non juridique<sup>2</sup>, les limites tacites hétéronomes déduites d'un autre ordre juridique<sup>3</sup>. Certains paramètres, cependant, peuvent être dégagés qui permettent de définir deux modèles de limites matérielles : les limites autonomes et les limites hétéronomes.

C'est ce à quoi s'emploie le dernier titre de la première partie qui établit ainsi les instruments nécessaires à l'édification d'une théorie des limites matérielles proprement dite, réservée à la deuxième partie de ce travail.

---

\* L'inventaire des textes cités au titre un a été clôturé le 30 avril 1984.

1 Chapitre 1 du Titre 2.

2 Chapitre 2 du Titre 2.

3 Chapitre 3 du Titre 2.

## TITRE 1. LES LIMITES MATERIELLES INSCRITES DANS LES CONSTITUTIONS

### CHAPITRE 1. LA TYPOLOGIE GENERALE EN DROIT COMPARE DES CLAUSES CONSTITUTIONNELLES IRREFORMABLES

Parmi les 142 constitutions écrites dénombrées dans le monde<sup>1</sup>, trente-huit<sup>2</sup> consacrent le principe de l'immutabilité de certaines matières constitutionnelles par une soustraction expresse au processus de révision, des dispositions qui en traitent. On exclut de cette hypothèse les interdictions temporaires, empêchant dans des circonstances déterminées, de procéder à une révision. Qu'elles frappent la totalité des dispositions<sup>3</sup> ou une partie seulement<sup>4</sup>, ces limites ne sauraient être strictement assimilées à celles qui adhèrent au principe d'une intangibilité matérielle: ici, la prohibition envisagée trouve son fondement dans les circonstances mêmes qui sont décrites et n'affectent les matières

<sup>1</sup> VAN MAARSEVEEN M. et VAN DER TANG G., Written constitutions. A computerized comparative study, New York, Oceana Publications, 1978.

<sup>2</sup> On relève, à la différence des auteurs précités, trente-huit et non trente-trois cas de constitutions ayant des clauses irréformables.

<sup>3</sup> Voy. l'article 131bis de la constitution belge du 7 février 1831 qui exclut qu'une révision soit entreprise en temps de guerre et l'article 84 de la même constitution qui empêche une révision pendant la régence.

<sup>4</sup> Voy. l'article 26, paragraphe 2, de la constitution qui exclut une modification affectant le Roi ou ses successeurs en période de régence.

protégées que de manière indirecte, c'est-à-dire de façon relative. On veut préserver la sérénité du constituant à raison de l'importance de l'oeuvre qu'il doit accomplir sans viser un objet déterminé.

## SECTION 1. L'INTERDICTION DE REVISER LA NATURE POLITIQUE DU REGIME.

L'interdiction de modifier la nature politique de l'Etat est de loin la plus fréquente, puisqu'elle rencontre la préoccupation de vingt-huit constitutions. L'exemple de la France qui, depuis les lois du 14 août 1884, préserve la forme républicaine de l'Etat dans toutes ses constitutions<sup>1</sup> est assez notoire pour le relever d'abord.

Dans la foulée sans doute de l'ancien colonisateur, nombre de nouveaux Etats accédant à l'indépendance ont adopté pareil principe : l'Algérie (article 195 paragraphe 1), le Cameroun (article 37 paragraphe 1), la République islamique des Comores (article 45 alinéa 6), la Côte d'Ivoire (article 73), la République centrafricaine (article 49 alinéa 2), la Guinée (article 50), la Haute-Volta (article 106 alinéa 2), le Gabon (article 70 alinéa 2), le Sénégal (article 89 alinéa 5), le Somali (article 112 alinéa 3), le Togo (article 53), la Tunisie (article 72), Madagascar (article 108), le Mali (article 73), la Mauritanie (article 54) et le Niger (article 73) ont consacré le caractère perpétuel de la forme de leur Etat. Seul le Maroc (article 101) choisit la forme monarchique, sans dénaturer cependant la valeur du principe. Si la source du principe est française, beaucoup de constituants ont

<sup>1</sup> Article 2, paragraphe 4, des lois du 14 août 1884; article 90 de la constitution de 1946; article 89 alinéa 5, de la constitution de la Vème République.

depuis suivi l'exemple : la République fédérale d'Allemagne (article 79 paragraphe III B.G.G.), la République de Grèce (article 110 alinéa 1), la République d'Italie (article 139), du Portugal (article 290 alinéa 1, b) et de Turquie (article 4, constitution 18 octobre 1982) sont autant d'Etats européens qui, pour des circonstances historiques diverses, ont soustrait des matières révisables, la forme républicaine. Le Honduras (article 342) et la République dominicaine (article 117) en Amérique, le Rwanda (article 91), le Burundi (article 63) et enfin le royaume du Togo (article 79) et l'émirat du Koweït (article 175) ont doté d'une immutabilité semblable la forme de leur Etat.

## SECTION 2. L'INTERDICTION DE MODIFIER LA STRUCTURE POLITIQUE DE L'ETAT

Sous cette rubrique, on rassemble un ensemble d'interdictions parfois assez hétérogènes que les constitutions de treize Etats formulent à propos du fonctionnement ou l'organisation de la société politique<sup>1</sup>.

Proches, à certains égards, des limites protégeant la nature politique du régime, elles ne peuvent cependant être confondues avec elles : tantôt, elles s'inscrivent dans leur prolongement et ainsi précisent la portée que le constituant donne à la forme de l'Etat : c'est le cas de l'Algérie, du Cameroun, les Comores, du

---

<sup>1</sup> Algérie (article 195 alinéa 5), Bahrein (article 104 alinéa 2), Cameroun (article 37), Colombie (article 216), Comores (article 45 alinéa 6), Guatemala (article 267), Honduras (article 342), Portugal (article 290, i, f, l; n.o.), Rwanda (article 91 alinéa 2), Tonga (article 79), R.F.A. (article 79 paragraphe III), Turquie (article 4 de la constitution de 1982), République du Congo-Brazzaville (article 64).

Portugal, du Rwanda, du Tonga, de la R.F.A., de la Turquie; toutefois, dans d'autres cas, ces limites apparaissent dans la constitution d'Etats qui n'ont pas inscrit l'immutabilité de la forme politique : ainsi en est-il de la Colombie, du Guatemala, du Honduras ou de Bahrein.

L'interdiction est parfois formulée très largement : il convient de ne pas opérer une révision de la constitution qui attenterait aux "principes démocratiques" de l'Etat (Cameroun, Congo-Brazzaville, Honduras, Rwanda). Souvent, cependant, elle précise davantage l'aspect de la structure politique protégée : il s'agira, par exemple, des droits et des devoirs des électeurs (Algérie, Colombie, Guatemala); du mode d'élection du chef de l'Etat (Guatemala, Honduras) ou des règles de succession (Tonga, Bahrein).

L'interdiction sauvegarde encore les structures fondamentales de l'Etat lorsqu'elle garantit sa structure fédérale (Comores, R.F.A.) ou régionale (Portugal). Elle concerne enfin l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat, quand elle tend à préserver le principe de leur séparation (Honduras, Portugal, R.F.A.).

Réservant à plus tard la discussion sur la validité, l'efficacité ou même la légitimité de l'ensemble de ces interdictions, on s'étonnera seulement du caractère laconique et succinct de dispositions qui, alors qu'elles prétendent garantir les éléments les plus fondamentaux d'un Etat, contiennent si peu de principes d'interprétation.

Qu'entendait, par exemple, le Conseil parlementaire allemand par l'intangibilité de la structure fédérale de la R.F.A. : le nombre de Länder existant en 1949 ? Le principe de la participation législative ? Les matières telles qu'elles furent réparties en 1949 ?

Que recouvrent les "principes démocratiques" que garantissent notamment les constitutions camerounaises et honduriennes ? L'imprécision des textes fondamentaux, qui a donné naissance à une littérature abondante dans certains Etats<sup>1</sup> justifiera qu'on lui consacre le titre 2 de cette première partie.

### SECTION 3. L'INTERDICTION DE MODIFIER LES FONDEMENTS IDEOLOGIQUES DE L'ETAT.

Nombre d'Etats dont l'unité politique relève de principes philosophiques ou religieux accordent à ceux-ci un statut constitutionnel privilégié.

#### § 1. La garantie de l'idéologie politique.

L'Algérie consacre l'inaltérabilité de son organisation socialiste (article 195 alinéa 2). Il en va de même de Madagascar (article 108) et du Somali (articles 112-113). La constitution portugaise du 2 avril 1976 énumère une série plus importante de principes : celui de la séparation des Eglises et de l'Etat (article 290 alinéa 1.c.), celui du maintien des droits des ouvriers dans les entreprises (article 290 alinéa 1.e.), du collectivisme de la production (article 290 alinéa 1.f.), de la planification économique (article 290 alinéa 1.g.)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'exemple est particulièrement frappant en R.F.A. où les circonstances politiques ont multiplié depuis 1949 les querelles d'interprétation portant sur des articles souvent très flous.

<sup>2</sup> L'ensemble de ces dispositions trahit l'orientation donnée par le parti socialiste au lendemain de la révolution d'avril 1975. La présence éphémère cependant de ce dernier à la direc-

On citera encore l'article 112 de la constitution norvégienne du 16 juillet 1907 qui exclut du champ de révision les propositions contrevenant au "respect de l'esprit et des principes de la constitution"<sup>3</sup>. Certes, cette règle laconique aurait aussi pu être rangée dans l'une des sections précédentes.

Citons récemment, enfin, l'article 4 de la constitution turque qui affirme l'intangibilité du nationalisme d'Ataturc selon la définition donnée à l'article 2.

## § 2. La garantie de l'idéologie religieuse.

On aborde ici une interdiction constitutionnelle assez particulière.

Très spécifique, en effet, paraît être l'immutabilité du caractère islamique de l'Etat préconisée par l'Algérie (article 195 alinéa 3), Bahrein (article 2), les Comores (article 45 alinéa 6), l'Iran (article 12 de la constitution du 15 novembre 1979) et le Maroc (article 101).

L'interdiction, en effet, est double : elle porte sur l'intangibilité d'une disposition constitutionnelle; en ceci, elle s'apparente aux autres formes de limites; mais le contenu même de la

---

tion du pays, laisse aux majorités nouvelles, nettement réticentes à une orientation socialiste, des obstacles constitutionnels non négligeables pour sa nouvelle majorité.

<sup>3</sup> Pour une exégèse et un commentaire de cet article, voy. Zutachten der juristischen Fakultät zu Christiana über das Sanktionsrecht des Königs bei Grundgesetzänderungen, Leipzig, Verlag von Spaarman, 1882, pp. 39 sq.



matière inaltérable, loin d'être fixé par le constituant originaire, est déterminé par une autorité religieuse hétéronome. Il y a, de la sorte, une soumission originaire du constituant à une volonté essentiellement différente des types de souveraineté politique classiquement décrits.

On voit, en effet, que la variabilité de certaines interdictions est susceptible d'atténuer, par le jeu des évolutions politiques, la rigueur des principes : la structure socialiste d'un Etat sera préservée au travers de l'aménagement constant des principes initiaux commandé par le déroulement de l'histoire.

En revanche, l'affirmation du caractère islamique de l'Etat emporte une adhésion sans réserve à toute directive émanant de l'autorité religieuse ... et même (ceci peut paraître paradoxal) si celle-ci doit conduire à une modification des structures constitutionnelles internes.

#### SECTION 4. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

La spécificité de la matière des droits de l'homme et l'importance qu'elle a dans les préoccupations contemporaines justifient qu'on lui consacre un paragraphe.

L'Algérie (article 195 alinéa 4), le Bengladesh (article 26 alinéas 1 et 2), l'Inde (article 13 alinéa 2), le Portugal (article 190 alinéa 1, d.), le Somali (article 112 alinéa 3), la R.F.A. (article 79 paragraphe 3 et article 1), Bahrein (article 104, e) consacrent l'intangibilité absolue de l'ensemble des droits de

l'homme énumérés dans leurs textes fondamentaux. Ces constitutions qui sont relativement récentes<sup>1</sup> révèlent peut-être la difficulté juridique qu'occasionne le silence de toutes les autres en ce qui concerne l'autorité qu'elles accordent aux droits fondamentaux. Elles attestent nettement du choix effectué par chacun de ces Etats d'insérer dans leur pacte fondamental des principes qui, souvent, tirent aujourd'hui leur force obligatoire de l'ordre juridique international<sup>2</sup>. Notons toutefois que n'est pas résolu le point de savoir si la garantie d'intangibilité des normes constitutionnelles relatives aux droits de l'homme et du citoyen exclut le respect par ces Etats des normes de droit international portant sur le même objet. On retrouve la particularité indiquée à propos de la relative hétéronomie du prescrit découlant de l'ordre international.

#### SECTION 5. L'INTERDICTION DE PORTER ATTEINTE A L'INTEGRITE DU TERRITOIRE DE L'ETAT

Neuf Etats<sup>3</sup> soustraient enfin des matières révisables les dispositions qui touchent à l'intégrité de leur territoire.

---

<sup>1</sup> Elles sont toutes postérieures à la 2ème guerre mondiale.

<sup>2</sup> C'est le cas, par exemple, des pays liés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ou de la Charte et des Pactes des Nations Unies.

Il faudrait, enfin, se méfier de commettre un anachronisme puisque, historiquement, la reconnaissance internationale des droits de l'homme fut amorcée par le courant révolutionnaire français de 1789 dont les accents originaires étaient d'orientation nettement nationaux.

<sup>3</sup> Algérie (article 195 paragraphe 6), Cameroun (article 37), Comores (article 45 alinéa 5), Gabon (article 70 alinéa 1), Portugal (article 290 alinéa 1, a.), Rwanda (article 91 alinéa 2), Somali (article 112 alinéa 3), Mauritanie (article 54), Turquie (article 3).

La doctrine ne s'est pas intéressée jusqu'ici à l'étude des implications de ces prohibitions.

On soulève seulement ici quelques questions. Faut-il entendre par "territoire" l'espace inclus dans les frontières définies par le droit national ou international ? Une discordance entre la configuration proposée par l'ordre juridique interne et celui déterminé par l'ordre international pourrait-elle affecter la validité de ces dispositions constitutionnelles ? Qu'entend-on aussi par "intégrité" ? S'il paraît évident que l'on entend se prémunir contre des agressions extérieures, que vaut une disposition de droit interne pour empêcher celles-ci ?

On donnera des éléments de réponse à ces interrogations dans la partie de notre travail consacrée aux limites hétéronomes issues du droit international général.

## SECTION 6. LE CAS DE LA BELGIQUE

Aucune disposition de la constitution belge, adoptée le 7 février 1831, n'exclut expressément des matières révisibles une règle constitutionnelle précise. Une controverse doctrinale cependant a surgi à propos de la valeur qu'il fallait donner aux décrets adoptés par le Congrès National de Belgique le 18 novembre 1830<sup>1</sup> et le 24 novembre 1830<sup>2</sup>. Ceux-ci n'appartiennent pas à la suite des articles du pacte fondamental belge; leur statut cependant

---

<sup>1</sup> "Au nom du peuple belge, le Congrès National de Belgique proclame l'indépendance du peuple belge".

<sup>2</sup> "Au nom du peuple belge, le Congrès National déclare que les membres de la famille d'Orange-Nassau sont à perpétuité exclus de tout pouvoir en Belgique".

est rendu incertain par le décret du 24 février 1831<sup>1</sup>. Ainsi, certains auteurs ont-ils voulu leur reconnaître une valeur "supra-constitutionnelle" et partant intangible.

Le chapitre suivant indiquera les raisons qui s'opposent à pareille doctrine et qui autorisent à poser, à ce stade, qu'il n'existe pas dans la constitution belge de limite matérielle expresse au pouvoir de la réviser.

---

<sup>1</sup> "Le Congrès National déclare que c'est comme corps constituant qu'il a porté ses décrets des 18 et 24 novembre 1830 relatifs à l'indépendance du peuple belge et à l'exclusion à perpétuité des membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique" (voy. HUYTTENS E., Discussions du Congrès National de Belgique, 5 vol., 1844-1845, vol. 2, séance du jeudi 24 février 1831, pp. 586 sq.

## CHAPITRE 2. L'ANALYSE D'UN ECHANTILLON DES CLAUSES CONSTITUTIONNELLES IRREFORMABLES

La typologie proposée dans le premier chapitre a un caractère essentiellement descriptif et contribue à donner à la question qui nous préoccupe ses sources en droit constitutionnel positif. Elle ne prétend nullement éclairer sur la portée et la valeur à attribuer à ces règles constitutionnelles dont le statut exceptionnel et l'interprétation posent des difficultés théoriques et pratiques évidentes.

Le présent chapitre rend compte de certaines analyses données dans le droit constitutionnel d'Etats qui ont adopté pareilles dispositions. Il faut cependant faire une sélection dans la nomenclature exhaustive des dispositions répertoriées au chapitre précédent.

A l'abondance des sources s'ajoute le motif tiré de l'indigence et parfois même de l'absence des études consacrées à la question des limites matérielles dans nombre des Etats concernés.

Il semble ensuite plus judicieux de s'attarder davantage aux systèmes européens<sup>1</sup>, pour ne pas étendre les références politiques, historiques et culturelles dont l'étude est nécessaire à l'analyse. Enfin, il apparaît que les Etats choisis offrent une gamme d'exemples suffisamment contrastés pour servir, dans la suite, à l'élaboration d'une théorie des limites matérielles, en général.

---

<sup>1</sup> La Belgique, la France, l'Italie, la Grèce, la République fédérale d'Allemagne.

## SECTION 1. LE DROIT CONSTITUTIONNEL BELGE

### § 1. Rappel des dispositions en vigueur

Le pouvoir constituant originaire belge n'a pas prétendu épuiser la compétence constituante à lui seul<sup>1</sup>.

Le Congrès national, qui a adopté la constitution le 7 février 1831, n'a pas méconnu la nécessité pour ce texte fondamental de s'adapter aux circonstances historiques nouvelles qui surviendraient. Ainsi s'explique le titre VII de la constitution consacré à sa révision. Il n'est pas opportun de traiter ici de l'auteur de la révision<sup>2</sup> ou des formalités liées à la procédure de révision<sup>3</sup>. En revanche, on peut se demander si le constituant

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., Droit constitutionnel, Bruxelles, Larcier, 1980, t. 1, n° 45.

<sup>2</sup> Rappelons que la Belgique n'a pas opté pour le système de la "Convention nationale", assemblée exclusivement créée en vue de procéder à la révision constitutionnelle, mais qu'elle réserve cette tâche à des chambres "fraîchement élues" (DELPREE F., op. cit., n° 48).

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 52 à 54.

originnaire a prévu de limiter l'objet même de la révision. De la lecture de l'article 131 de la constitution<sup>1</sup>, la doctrine tire généralement deux principes d'interprétation :

- toute disposition constitutionnelle est susceptible d'être révisée :

il n'existe donc pas de limites constitutionnelles expresses au pouvoir de réviser<sup>2</sup>; par conséquent, seules des limites formelles doivent être recherchées dans le chapitre de la constitution belge portant sur sa révision<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L'article 131 de la constitution belge est ainsi libellé :  
"Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. Après cette déclaration, les deux Chambres sont dissoutes de plein droit.

Il en sera convoqué deux nouvelles, conformément à l'article 71. Ces chambres statuent de commun accord avec le Roi sur les points soumis à la révision.

Dans ce cas, les chambres ne pourront délibérer, si deux tiers au moins des membres qui composent chacune d'elles ne sont présents; et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages".

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., ibidem.

Voy. aussi ERRERA P., Traité de droit public belge, Paris, Girard, 1918; ORBAN O., Le droit constitutionnel de la Belgique, Liège, 1906, 3 vol., vol. 2, pp. 700 sq.;

MASQUELIN J., "La technique des révisions constitutionnelles en droit public belge", in A.D.S.P., 1952, pp. 89 sq.

<sup>3</sup> Telles la déclaration de révision, la dissolution des chambres, la consultation électorale destinée à former des nouvelles chambres constituantes, les quorum spéciaux ...

- la révision de la constitution ne saurait être que partielle:

une révision totale, comme elle est organisée par la Confédération helvétique<sup>1</sup> n'est pas envisageable en Belgique<sup>2</sup>.

Ainsi réaffirmés, de tels principes devraient logiquement clore notre exposé sur le cas belge : il n'y a pas dans la constitution en vigueur de limite matérielle expresse au pouvoir de la réviser.

## § 2. La controverse doctrinale à propos des décrets "supra constitutionnels"

Certains constitutionnalistes n'ont pas adhéré à la solution qu'impose l'analyse des textes du droit belge. C'est pourquoi on consacre cette section à l'étude des auteurs belges, peu nombreux il est vrai, qui se sont penchés sur cette question et dont une partie a cru déceler des principes constitutionnels intangibles, en dépit de la clarté apparente de l'article 131 de la constitution. Certains auteurs ont, en effet, reconnu dans l'article 13 de la constitution belge selon lequel : "la mort civile est abolie; elle ne peut être rétablie", l'exigence d'une disposition

<sup>1</sup> Article 118 de la constitution du 29 mai 1874.

<sup>2</sup> Dans ce sens, ERRERA P., op. cit., p. 21; ORBAN O., op. cit., vol. 2, p. 717; DEMBOUR J., Droit public, Cours dactylographié, Liège, 1977, p. 10; SENELLE R., La révision de la Constitution 1969-1971, Bruxelles, Ministère des Affaires étrangères, 1972, p. 32 et avec une nuance, MASQUELIN J., op. cit., p. 89.



constitutionnelle rendue expressément intangible<sup>1</sup>. Une telle interprétation paraît juridiquement non fondée. Le deuxième segment de l'article 13 n'exprime en aucune façon une interdiction positive à l'encontre du pouvoir constituant dérivé. Le professeur Mast estime qu'il s'agit d'un souhait formulé par le Constituant et d'un simple voeu<sup>2</sup>, auquel on peut accorder un caractère absolu mais qui est, par essence, dénué de toute valeur normative en droit positif. Pareille interprétation n'est pas plus satisfaisante. Il faut d'abord resituer l'article 13 dans le contexte du titre II de la constitution. Toutes les dispositions qui y sont inscrites s'adressent au législateur<sup>3</sup>. Leur portée normative est donc indéniable mais concerne le seul législateur à qui est attribué le soin de régler les matières relatives aux libertés<sup>4</sup>.

Les débats les plus vifs, cependant, ne sont pas nés directement à propos du texte de la constitution lui-même mais sont liés à une difficulté particulière tenant à l'existence de deux décrets adoptés par le Congrès National en février 1831<sup>5 6</sup>.

Votés avant l'élaboration de la constitution, c'est le 24 février 1831 seulement, quinze jours après l'adoption du texte constitutionnel<sup>7</sup> que le congrès fut saisi de la proposition du député Paul Devaux ainsi rédigée : "Au nom du peuple belge, le Congrès National décrète : Article unique : les décrets du 18 et du 24

<sup>1</sup> Voy. par exemple WIGNY P., Droit constitutionnel, Principes et droit positif, 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 1952, vol. 1, n° 114.

<sup>2</sup> MAST A., Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht, 5e éd., Gand, Story Scientia, 1975, n° 340.

<sup>3</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 50.

<sup>4</sup> Un argument supplémentaire découle du principe de la légalité des peines dont le caractère fondamental en droit pénal belge concerne, à l'évidence, le cas de la mort civile. En ce sens donc, le législateur seul est tenu, voire le juge chargé de l'application des peines.

<sup>5</sup> Décret du 18 novembre 1830.

<sup>6</sup> Décret du 24 novembre 1830.

<sup>7</sup> Le 7 février 1831.

novembre 1830 sur l'indépendance nationale et l'exclusion de la famille de Nassau de tout pouvoir en Belgique, font partie de la Constitution du peuple belge".

Au cours d'une séance assez agitée (elle précédait la prestation de serment du Régent Surlet de Chokier), le député Beyts, parmi d'autres, s'insurgea contre cette proposition car "autre chose est de décider que tels articles seront imprimés en tête de la constitution, et autre chose, qu'ils seront déclarés articles constitutionnels<sup>1</sup>. Plus tard, le même affirma encore :

"J'acquiescerai aux conclusions de la section centrale si, au lieu de déclarer constitutionnels les décrets des 18 et 24 novembre, on veut décréter que le Congrès les a rendus comme corps constituant. La différence est très grande en effet : si les décrets étaient déclarés constitutionnels, le corps législatif pourrait les rapporter en vertu des articles de la Constitution relatifs à sa révision; au lieu qu'en déclarant que nous les avons rendus comme corps constituant, nous les rendons irrévocables; ils ne feront pas partie de la Constitution mais ils seront comme la base sur laquelle elle repose (...) <sup>2</sup>.

En définitive, le Congrès adopta par 92 voix contre 39, la proposition rédigée par le baron Beyts en ces termes : "Le Congrès National déclare que c'est comme corps constituant qu'il a porté ses décrets des 18 et 24 novembre 1830 relatifs à l'indépendance du peuple belge et à l'exclusion à perpétuité des membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. HUYTTENS E., op. cit., t. II, pp. 568 sq. (séance du jeudi 24 février 1831).

<sup>2</sup> HUYTTENS E., op. cit., p. 590.

<sup>3</sup> HUYTTENS E., op. cit., p. 590.

C'est la portée à accorder à cette disposition qui est donc le véritable noeud de la controverse. Pour Orban<sup>1</sup>, son sens ne soulève aucun doute : "elle a pour objet de déclarer irrévocables les décrets susdits, de décider que ces décrets ne sont pas sujets à révision comme les articles de la Constitution même. La procédure de l'article 131 ne pourrait s'y appliquer". Pareille solution est préconisée plus récemment par M. J. Dembour<sup>2</sup>, P. Wigny<sup>3</sup> ou J. Velu<sup>4</sup> et semble, en effet, découler directement des intentions révélées par le baron Beyts au cours des débats qui ont précédé l'adoption du décret du 24 février 1831.

C'est une lecture très différente des mêmes débats qui conduit M. Delperée à rejeter la thèse de la "supra-constitutionnalité" des décrets, puisqu'en effet, c'est, selon les termes mêmes du décret du 24 février 1831, "comme corps constituant qu'il a porté ses décrets des 18 et 24 novembre 1830"<sup>5</sup>.

On peut objecter à ceci qu'il est dangereux d'isoler cet extrait des propos du baron Beyts précédemment rappelés et qui furent manifestement déterminants du choix du Congrès.

En réalité, il apparaît périlleux de tenter de résoudre cette querelle en recourant à l'interprétation d'un vote du Congrès National éclairé, ... ou plutôt obscurci par des travaux préparatoires extrêmement confus. Ceux-ci, en effet, donnent curieusement le sentiment qu'il s'agit de trancher un dilemme, différant ainsi une réflexion sur les fondements théoriques de la question. Donner aux décrets des 18 et 24 novembre 1830 une force juridique dépassant celle de la constitution et défendre alors le principe

<sup>1</sup> ORBAN O., op. cit., vol. 2, p. 731.

<sup>2</sup> DEMBOUR J., op. cit., p. 13.

<sup>3</sup> WIGNY P., op. cit., n° 115 et Propos constitutionnels, op. cit., p. 27.

<sup>4</sup> VELU J., Notes de droit public, T. 1, Bruxelles, n° 280, p. 137.

<sup>5</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 50, p. 94.

de leur inaltérabilité; ou insister, en revanche, sur leur caractère strictement constitutionnel partant révisable, selon la procédure de l'article 131 de la constitution, dépend davantage d'opinions doctrinales menées sur le terrain des enjeux juridiques multiples et délicats attachés au problème global des limites matérielles. C'est cet exercice que la doctrine belge n'a jamais entrepris, semble-t-il, même si, récemment, M. Delperée y a fait allusion en tirant de l'article 131 lui-même la conclusion suivante : "Il n'y a pas de textes supra-constitutionnels ou intangibles dont l'autorité compétente pour réviser la Constitution ne saurait se saisir"<sup>1</sup>.

Le principe de solution emporte certes l'adhésion; le recours à une interprétation plus stricte du texte constitutionnel lui-même semble plus adéquat; la justification cependant est insuffisante. Fondée exclusivement sur l'interprétation littérale d'une règle constitutionnelle, elle occulte les motivations d'ordre idéologique et théorique qui, en définitive, commandent pareille conclusion.

C'est ce travail que l'on va entreprendre à présent. La querelle des décrets supra-constitutionnels a perdu tout intérêt pratique, pourrait-on objecter, dès lors que les garanties d'indépendance de la Belgique furent assurées et notamment après la signature du traité définitif de séparation avec la Hollande signé à Londres le 19 avril 1839<sup>2</sup>.

Cette appréciation est dépassée, vu la participation de la Belgique aux institutions supra-nationales européennes qui a donné au débat un regain d'actualité après la 2ème guerre mondiale.

---

<sup>1</sup> DELPERÉE F., op. cit., n° 50.

<sup>2</sup> Pasin., 1839, pp. 90 sq.

L'article 25 de la constitution, selon lequel "tout pouvoir émane de la nation" aurait dû être révisé puisque l'intégration de la Belgique à la CECA et à la CEE ensuite impliquait l'abandon d'une parcelle de la souveraineté nationale au profit des instances communautaires. Certaines thèses, cependant, s'appuyèrent sur l'autorité supra-constitutionnelle et l'irrévocabilité du décret d'indépendance de 1830 pour s'opposer au principe même d'une modification de l'article 25 hiérarchiquement subordonné à cette règle absolue. Ainsi, M. A. Durieux écrivait-il, en 1953, que le décret du 18 novembre 1830 : "dépasse, en la dominant, la loi fondamentale; il est irrévocable, c'est-à-dire non sujet à révision. Cette dernière fut-elle entreprise conformément à l'article 131 de la Constitution"<sup>1</sup>.

Des partisans de la thèse inverse conclurent, en revanche, à la régularité de l'intégration de la Belgique dans la Communauté européenne, le décret de 1831 ne pouvant enchaîner pour l'avenir la volonté du peuple souverain s'exprimant dans une assemblée constitutionnelle ou législative<sup>2</sup>.

- 
- <sup>1</sup> DURIEUX A., "La révision de la constitution, le problème de l'intégration politique européenne et le Congo belge", in J.T.O.M., 15 décembre 1952, p. 176.  
 Dans une "correspondance" au Journal des Tribunaux (1974, p. 682), M. G. WAILLIEZ, considérant comme règle de droit positif le décret du 24 février 1831, estime qu'il aurait au moins fallu le rapporter (dans l'hypothèse où l'on refuserait le principe de son irrévocabilité) avant d'adhérer au traité de Rome.  
 Et d'écrire : "Dans l'état actuel de notre droit public, il n'est donc pas possible que la Belgique transfère de manière irrévocable à un organisme international quelconque des pouvoirs dont l'attribution radicale constituerait nécessairement une renonciation à la souveraineté, indivisible dans son essence" (J.T., op. cit., ibid.).
- <sup>2</sup> VERSTRAETE M., "Du prétendu caractère irrévocable du décret du 24 février 1831 proclamant l'indépendance belge, in Revue de l'administration, 1954, pp. 125-129.

Cette querelle atteste, une fois de plus, la faiblesse des arguments juridiques des défenseurs de l'une et de l'autre thèse.

On pourra s'étonner, par exemple, de ce que la validité du décret du 24 février 1831, qui a entériné les précédents, n'a jamais été soulevée. La constitution belge ayant été adoptée le 7 février 1831, le Congrès National pouvait-il encore exercer la compétence constituante le 24 février suivant ? Le Congrès National n'est-il pas dissout de plein droit par l'adoption du texte constitutionnel qui, dès ce jour, devient le cadre juridique auquel tous doivent se plier ? Le 7 février 1831 est la date de la sanction par le Congrès National de la constitution<sup>1</sup>. Le décret relatif à sa promulgation est adopté, lui, le 11 février 1831 et prévoit qu'elle "sera immédiatement promulguée dans la forme prescrite par le décret du 27 novembre 1830"<sup>2</sup>. On sait que l'acte de promulgation donne à la règle de droit force exécutoire mais pas encore son caractère obligatoire. C'est pourquoi le Congrès a décrété, dans un article 2, que la constitution serait obligatoire dix jours après la dissolution de son assemblée<sup>3</sup>. Le moment de celle-ci a été fixé par un décret de la même institution, adopté le 21 juillet 1831, convenant qu'il serait dissout de plein droit, le jour de la réunion des chambres; il précisait encore que, jusqu'à l'époque de cette première session, "le roi seul aura le droit de convoquer le Congrès, qui ne pourra plus exercer désormais que la partie du pouvoir législatif que la Constitution attribue aux chambres"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Pasin. 1830-1831, pp. 182-210.

<sup>2</sup> Pasin. 1830-1831, p. 211.

<sup>3</sup> Article 2, décret du 11 février 1831 : "Si le Congrès n'a pas fixé une époque antérieure, la Constitution sera obligatoire, de plein droit, dix jours après sa dissolution", Pasin., id., p. 211.

<sup>4</sup> Pasin. 1831, III, p. 2.

Que peut-on déduire de l'ensemble de ces textes quant aux compétences du Congrès National ? Il faut distinguer trois périodes : du 10 novembre 1830, jour de son installation<sup>1</sup> au 7 février 1831, date de la sanction de la constitution, le Congrès National détient, et lui seul, la compétence constituante, conformément aux vœux formulés par le gouvernement provisoire, le 4 octobre 1830<sup>2</sup>.

Une deuxième période s'ouvre alors qui conduit jusqu'à la prestation de serment du roi Léopold I, le 21 juillet 1831<sup>3</sup>.

Assurément, la constitution est sanctionnée et a acquis force exécutoire<sup>4</sup> mais, comme déjà expliqué, elle ne lie pas encore les citoyens, à défaut de force obligatoire.

Le 24 février 1831, lorsqu'il déclara que "c'est comme constituant qu'il a porté les décrets des 18 et 24 novembre 1830", le Congrès National n'a pas outrepassé ses compétences en faisant oeuvre constituante. De ce point de vue, le décret du 24 février 1831 paraît tout à fait valable. S'il fallait apporter d'autres preuves à cette argumentation, on en trouverait encore dans la résolution du Congrès National adoptée le 20 juillet 1831<sup>5</sup> complétant les articles 60 et 61 de la Constitution qui n'avaient pas, jusque-là, désigné par son nom la dynastie<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Pasin. 1831, II, p. 72.

<sup>2</sup> Arrêté du 4 octobre 1830, article 32, p. 9.

<sup>3</sup> Pasin. 1830-1831, III, p. 1.

<sup>4</sup> Voy. le décret du 11 février 1831, Pasin. 1830-1831, II, p. 211.

<sup>5</sup> Pasin. 1830-1831, II, p. 401. Celle-ci fut promulguée par A.R. du 1er septembre 1831, Pasin. 1831, p. 137.

<sup>6</sup> Pasin. 1830-1831, texte const. 1831, p. 191.

En décidant "que les noms et qualités du Prince Léopold de Saxe Cobourg seront insérés dans les Articles 60 et 61 de la Constitution", le Congrès National fit indubitablement une fois encore oeuvre de constituant originaire sans nullement être tenu par la procédure prévue par l'article 131 de la constitution.

La troisième période enfin inaugure le 21 juillet 1831 et s'écoule jusqu'au dixième jour après la dissolution du Congrès National. Celle-ci intervient le jour de la convocation des chambres, le 8 septembre 1831<sup>1</sup>. Du 21 juillet 1831 au 8 septembre 1831, le Congrès National ne pouvait plus exercer de compétence constituante; seule une compétence législative lui revient encore, à titre provisoire et sur convocation du roi<sup>2</sup>. Le roi ne recourut jamais à ce procédé; aucun acte législatif nouveau ne fut donc voté en Belgique avant le 9 septembre 1831.

Techniquement, le décret du 24 février 1831 est irréprochable : voilà ce qu'apprend cette exégèse. Le doute subsiste pourtant sur la portée véritable des décrets des 18 et 24 novembre 1831.

---

<sup>1</sup> A.R. du 26 juillet 1831, article 4. Pasin. 1831, III, p. 100 et séance d'ouverture, Pasin. 1831, III, pp. 140-141.

<sup>2</sup> Article 2 du décret du 21 juillet 1831; (...) "Le roi seul aura le droit de convoquer le Congrès, qui ne pourra plus exercer désormais que la partie du pouvoir législatif que la Constitution attribue aux chambres" (Pasin. 1831, III, p. 2).



## SECTION 2. LE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANCAIS

L'ultime alinéa de l'article 89 de la constitution française du 5 octobre 1958 prescrit que "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision". Ainsi se poursuit une tradition inaugurée par l'article 2 de la loi du 14 août 1884 modifiant le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi du 25 février relative à l'organisation des pouvoirs publics<sup>1</sup>, réitérée par l'article 95 de la constitution du 27 octobre 1946<sup>2</sup>.

Le libellé identique de cette règle dans les constitutions des IIIe, IVe et Ve Républiques, dévoile sans doute la préoccupation d'éviter le retour à un régime monarchique.

Pourtant, la signification politique de chacun d'eux n'a pas la même intensité.

Pour apprécier la portée du droit positif aujourd'hui en vigueur en France, l'étude du précédent constitué par les lois de 1874 paraît intéressant. Il éclairera par contraste l'intérêt qu'il convient de reconnaître à l'actuel article 89 de la constitution du 5 octobre 1958.

---

<sup>1</sup> Loi du 14 août 1884, article 2 "le paragraphe 3 de l'article 8 de la même loi du 25 février 1875 est complété ainsi qu'il suit : "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision".

<sup>2</sup> Article 95 de la constitution du 27 octobre 1946 : "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision".

## § 1. La genèse d'un précédent : les lois de 1875-1884

Deux jours après la défaite de Sedan, le 2 septembre 1870, la République fut proclamée à Paris et adoptée le 30 janvier 1875 par 353 voix contre 352 au terme d'une longue discussion de l'Assemblée constituante<sup>1</sup>.

La République que Thiers rêvait d'instaurer serait conservatrice<sup>2</sup>. Les événements d'ailleurs favorisèrent cette évolution. Sentant l'opinion de plus en plus favorable à la république, les monarchistes s'entendent pour laisser la voie libre à la Restauration en votant par 360 voix contre 344 la démission de Thiers. La monarchie ne pouvant être immédiatement instituée, le maréchal Mac Mahon accepta de devenir le nouveau Président de la République, décidé à s'effacer, le moment venu, devant le Roi. L'intransigeance du Comte de Chambord, dont la restauration semblait impossible, confirma la conviction des républicains réclamant la dissolution de l'Assemblée qui n'avait pas été élue pour rédiger une constitution. Toutefois, seule l'Assemblée elle-même pouvait se dissoudre, et comme toutes les assemblées élues, elle n'y tenait point. C'est dans cette atmosphère plutôt confuse que furent adoptées les lois constitutionnelles de 1875 qui fondèrent, à une voix de majorité, la III<sup>ème</sup> République.

<sup>1</sup> Voy. GODECHOT J., Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Garnier Flammarion, 1970, p. 325.

<sup>2</sup> "Le gouvernement met son honneur à fonder la République. Il la défendra énergiquement avec le ferme dessein de lui donner pour base le crédit, sans lequel la richesse publique ne peut naître, le maintien de l'ordre et l'exécution des lois qui seuls lui permettent de préparer une ère de réparation et de paix" (note de Thiers in J.O., cité par HANOTEUX G., Histoire de la fondation de la III<sup>ème</sup> République, le gouvernement de Thiers 1870-1873, Paris, Plon-Nourrit, 1925.

On comprend mieux la portée politique de la révision de 1884 qui consacra l'intangibilité de la forme républicaine et qui, en outre, rendait inéligible à la présidence de la République "les membres des familles ayant régné sur la France".

La plupart des commentateurs reconnaissent qu'en adoptant le paragraphe 4 de l'article 8 des lois de 1875, l'Assemblée nationale voulait seulement combattre la fragilité issue du régime établi par les lois de 1875 et, selon le mot du Président du Conseil, Jules Ferry, "proclamer la stabilité de la Constitution"<sup>1</sup>, sans imposer cependant "une république de droit divin"<sup>2</sup>. L'article 8 de la loi du 25 février 1875 était le résultat d'une transaction entre les différents partis de l'Assemblée<sup>3</sup>.

Ainsi fut adopté le compromis : le centre droit voterait le principe de la république comme gouvernement définitif; mais le centre gauche, en retour, accepterait qu'une clause de révision générale fût toujours possible. Cependant, la fragilité née des institutions adoptées en 1875 apparut rapidement, ce qui engagea le processus d'une révision sur ce point : (...) "Nous vous demandons (...) d'écarter la théorie révolutionnaire qui consiste à

---

<sup>1</sup> ARNOULT F., De la révision des constitutions, Paris, thèse, 1895, p. 280; DE BOUSQUET DE FLORIAN H., op. cit., p. 126; FONTENEAU G., Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789, Caen, thèse, 1900, pp. 168 sq.

<sup>2</sup> DE BOUSQUET DE FLORIAN H., La révision des constitutions, Paris, Rousseau, 1891, p. 126.

<sup>3</sup> On parla de la "conjonction des centres" : les monarchistes après le refus de la couronne par le comte de Chambord) soutenaient qu'à l'issue du septennat de Mac Mahon, il faudrait procéder à une révision de la constitution (et notamment du principe même de la République), les républicains, parmi lesquels le centre gauche, soutenaient qu'il fallait rédiger une constitution définitivement républicaine.

remettre en question, devant une Assemblée constituante, toutes les institutions qui abritent le labeur et la fortune de ce grand pays et jusque cette République (...)"<sup>1</sup>

Voici ce qu'apprend la lecture des travaux préparatoires : "Nous ne serions pas dignes de présider au gouvernement de ce grand pays et d'avoir la confiance du Parlement, si nous nous faisons l'illusion de croire qu'un texte inséré dans une constitution peut assurer à cette constitution, l'éternité. Ce que nous vous demandons, c'est de déclarer que la République est aujourd'hui la forme définitive du gouvernement (...)"<sup>2</sup>.

On a souvent déduit de cette intervention du Président du Conseil que la disposition additionnelle de l'article 8 était plutôt une "déclaration de principe" et ne poursuivait pas de résultats pratiques. Ainsi, "une majorité hostile au gouvernement ne se laisserait pas arrêter par cet alinéa, et passerait outre, malgré le caractère anti-constitutionnel de son vote"<sup>3</sup>.

Quelques années plus tard, Léon Duguit développera la théorie des pouvoirs illimités de l'Assemblée en dénonçant évidemment toutes celles qui tentent d'anéantir la plénitude des pouvoirs de l'Assemblée constituante<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> FERRY J., Exposé des motifs à la Chambre des députés, le 24 mai 1884, in J.O., 25 mai 1884; voy. aussi le rapport DREYFUS, in J.O., pp. 1456, 1463, 1469 et 1472. Documents parlementaires, p. 1120.

<sup>2</sup> FERRY J., Séance du 11 août 1884, in J.O. du 12 août 1884, Documents Parlementaires, p. 96.

<sup>3</sup> DE BOUSQUET DE FLORIAN H., op. cit., p. 127.

<sup>4</sup> DUGUIT L., op. cit., n° 151.

Dans sa thèse parue en 1930, Georges Burdeau confirmera cette doctrine en déclarant que la loi de 1884 est un "acte de foi nécessairement dépourvu de sanction qu'on ne pourrait légitimement opposer à la volonté nationale si elle venait à mettre en cause la forme du gouvernement"<sup>1</sup>.

Les débats parlementaires ont semé le doute dans les esprits en apportant des éléments à la controverse.

Le même Président du Conseil ne poursuivait-il pas son discours, le 11 août 1884, en ces termes : "On peut dire que c'est la disposition la plus manifestement monarchique de cette constitution." (il faisait allusion à la clause de révision perpétuelle inscrite "dans celle de 1875). "C'est pour cela que nous vous demandons de l'effacer, et de dire hautement que la République, qui représente la volonté du pays et ses droits inaliénables, qui est la revendication perpétuelle du droit national, est la seule forme sur laquelle ce droit national, en dépit de tous vos sophismes, puisse se manifester librement et dignement. Oui ! C'est pour la dignité de la République, plus encore que pour sa sécurité, que nous vous demandons de déclarer qu'elle est désormais la forme définitive du gouvernement. A partir du jour où vous aurez voté cette disposition tutélaire, il ne sera plus permis, au moins dans le parlement, d'apporter des propositions de révision monarchique (...)"<sup>2</sup>.

Il n'en fallut pas plus pour assurer les bases à un autre courant de doctrine : "le droit de révision permet certainement de modifier la constitution dans son ensemble, pour la perfectionner. Mais qu'on puisse user de ce droit consacré par la constitution pour la doctrine, (...), ce sont là des prétentions que nous ne saurions admettre (...). Quand on est législateur et quand on

<sup>1</sup> BURDEAU G., Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles, Paris, thèse, 1930, pp. 3-4.

<sup>2</sup> FERRY J., op. cit., p. 96.

veut que les générations de l'avenir tiennent compte de votre volonté, il faut agir franchement, et non pas créer avec l'intention d'anéantir, fonder avec l'intention de détruire"<sup>1</sup>.

Le propos de cet auteur est net; si d'aucuns ont voulu affirmer que la loi du 14 août 1884 opérait une réforme "purement platonique" et qu'il suffirait de proposer la révision du paragraphe 4 de l'article 8 pour remettre en cause la forme républicaine<sup>2</sup>, il estime, lui, que "cette opinion est contraire au texte et à l'esprit du nouveau paragraphe et que désormais la République ne peut être renversée que par une révolution"<sup>3</sup>. Une fois de plus, on insistera sur la complexité du débat. Pour Gabriel Arnoult, la réforme n'est pas "platonique"... Cependant, la solution qu'il propose au terme de son argumentation est si peu juridique qu'elle relève exclusivement de l'hypothèse "révolutionnaire".

D'autres auteurs<sup>4</sup>, parmi lesquels Esmein<sup>5</sup>, souscrivent à cette thèse et affirment que les lois du 14 août 1884 excluent de l'objet d'une révision constitutionnelle la forme républicaine du régime.

L'incertitude est extrême qui pèse d'abord sur le sens à donner aux travaux parlementaires et aux études ensuite qui furent élaborées. Il est incontestable que les préjugés politiques des uns et des autres ont marqué les commentateurs contemporains des lois de 1875-1884. L'étude plus tardive proposée par Georges Burdeau, en 1930, est précieuse, même si l'auteur abandonnera plus tard ces thèses encore très marquées par le positivisme kelsénien<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ARNOULT G., op. cit., pp. 280-281.

<sup>2</sup> Telle sera la solution défendue par DUGUIT L., op. cit., p. 1102.

<sup>3</sup> ARNOULT G., op. cit., pp. 401-402.

<sup>4</sup> FONTENEAU G., op. cit., pp. 168 sq.

<sup>5</sup> ESMEIN A., Droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1906 (4), pp. 906 sq.

<sup>6</sup> Notamment dans son Traité de science politique, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1969, t. IV, pp. 581 sq.

Cette étude, en effet, se dégage nettement des contingences événementielles et porte pour la première fois l'analyse sur le terrain théorique. Aucune constitution ne peut résister aux effets invincibles de la sénescence et à l'évolution naturelle de l'Etat. C'est ce qu'a méconnu l'Assemblée nationale en adoptant, le 14 août 1884, la loi constitutionnelle qui affirmait comme définitive la forme républicaine du gouvernement de l'Etat français<sup>1</sup>. Il ne s'agissait là que d'un "acte de foi, nécessairement dépourvu de sanction". Le pouvoir de révision ne saurait donc être titulaire de compétences constituantes amoindries en ce qu'il serait tenu par des dispositions jugées immuables par le constituant originaire. M. Burdeau ne fait donc pas le procès des clauses relatives à la révision qui témoignent, au contraire, du souci de préserver la continuité de l'Etat. Or, celle-ci serait gravement compromise si une révision ne s'effectuait pas selon les formes prévues<sup>2</sup>. Il désire seulement caractériser la nature du pouvoir de révision; de ce point de vue, il n'est pas différent du pouvoir originaire : il est "la puissance originaire considérée à travers l'ordre juridique"<sup>3</sup>. La particularité de l'intervention du pouvoir de révision tient plutôt de la règle constitutionnelle elle-même qu'il est appelé à modifier.

"Alors que toutes les règles juridiques sont jugées en application d'une norme antérieure (...), la Constitution correspond à un système de normes qui ne se déduisent d'aucune autre, et le pouvoir de révision, subordonné quant à sa compétence à la règle initiale, tire sa puissance spéciale du fait que la règle qu'il pose n'est subordonnée à aucune autre"<sup>4</sup>. Il faut se garder donc d'assimiler la résolution de réviser la loi fondamentale, qui est

---

1 BURDEAU G., Essai d'une théorie ..., op. cit., pp. 3-4.

2 BURDEAU G., op. cit., p. XXII.

3 BURDEAU G., op. cit., p. XIV.

4 BURDEAU G., op. cit., p. 99.

l'oeuvre exclusive du pouvoir constitutionnellement compétent, au contenu même de la disposition constitutionnelle nouvelle qui n'est en aucune façon l'application d'une norme préétablie.

"La puissance de l'organe de révision lui-même est définitive, la même que celle de la norme fondamentale qu'il peut modifier, c'est-à-dire, la puissance étatique suprême"<sup>1</sup>.

On voit se dégager ici l'intérêt d'une analyse doctrinale "dépassionnée" qui hisse la discussion à un niveau fondamental.

La réflexion de M. Burdeau a, en outre, le mérite d'introduire l'analyse qu'il faut à présent entreprendre du droit positif en vigueur.

## § 2. L'article 89, alinéa 5, de la constitution d'octobre 1958

L'étude de l'article 89, alinéa 5, de la constitution du 5 octobre 1958 n'a pas aiguisé l'intérêt des constitutionnalistes français et l'ébauche théorique suggérée par G. Burdeau à propos des lois constitutionnelles de la IIIème République semble rangée depuis lors parmi ces problèmes purement spéculatifs, ces questions d'école que les auteurs traitent avec plus ou moins de rapidité, étant donné la ténuité apparente de leur portée pratique. Aucune aide ne sera tirée non plus des travaux préparatoires puisqu'il n'en existe pas pour la constitution de 1958. En faisant adopter la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, le Général de Gaulle fit modifier le seul article 90 de la constitution de 1946 portant sur les modalités de la révision constitutionnelle. La loi du 3 juin 1958 substitua à la procédure très lente d'une résolution

---

<sup>1</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 100.



initiale d'un projet établi par l'Assemblée nationale, d'une discussion en la forme législative, une révision opérée par l'exécutif et suivie d'un référendum<sup>1</sup>.

Reste la doctrine. Tantôt muette<sup>2</sup>, souvent laconique<sup>3</sup>, elle se contente généralement de citer l'article 89. Certains manuels de droit constitutionnel consacrent quelques lignes cependant à la question qui nous préoccupe. Si peu nombreuses soient-elles, elles offrent une variété d'interprétation qui laisse sceptique.

Pour Maurice Duverger<sup>4</sup>, ces limites constitutionnelles s'imposent "juridiquement" à l'organe de révision; en revanche, "politiquement", elles ne signifient rien, sinon l'obligation de recourir à la révolution pour modifier les dispositions proclamées immuables lors de l'établissement de la constitution<sup>5</sup>.

La doctrine de Georges Burdeau est différente : la signification politique de pareil article est évidente; en revanche, "sa valeur juridique est nulle, car le pouvoir constituant d'un jour n'a aucun titre à limiter le pouvoir constituant de l'avenir"<sup>6</sup>.

Ailleurs cependant, dans son "Traité de science politique"<sup>7</sup>,

---

<sup>1</sup> La loi du 3 juin 1958 prévoyait cependant une procédure de préparation et d'adoption de la constitution; le gouvernement devant recueillir l'avis d'un comité consultatif où siègeraient notamment des membres du Parlement.

<sup>2</sup> CADART J., Instructions politiques et droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J., 1975, 2 vol.

<sup>3</sup> HAURIOU A. et GICQUEL J., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1980 (7), pp. 330 sq.

<sup>4</sup> DUVERGER M., Manuel de droit constitutionnel, Paris, P.U.F., 1948, 5e éd.

<sup>5</sup> DUVERGER M., op. cit., p. 195.

<sup>6</sup> BURDEAU G., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, L.G.D.J., 1969 (14), p. 84.

<sup>7</sup> BURDEAU G., Traité de science politique, op. cit., t. IV, pp. 245 sq.

G. Burdeau s'explique sur les motifs qui le conduisent effectivement à abandonner la thèse de la non-validité des limites matérielles<sup>1</sup> défendue en 1930 et dans l'ouvrage précité. Pareille thèse "n'est pas fondée"<sup>2</sup>, estime-t-il aujourd'hui. Lorsque la constitution empêche que soit porté atteinte à la forme du régime, "elle ne proclame nullement l'immutabilité absolue des institutions (...). Elle refuse seulement à l'organe de révision la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature, ont leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser"<sup>3</sup>.

C'est la conception même de ces prérogatives réservées au pouvoir de révision qui fait changer d'opinion l'éminent auteur précité<sup>4</sup>. La cause de ces hésitations fut expliquée dans le chapitre liminaire. On fera donc seulement le point sur la thèse la plus récemment défendue par M. Burdeau : l'alinéa 5 de l'article 89 de la constitution de 1958 n'a aucune valeur juridique à l'égard d'un pouvoir constituant "originaire" futur; en revanche, à l'égard du pouvoir de révision institué par celui-ci, sa valeur contraignante est indéniable : "On se demande à quoi servirait une constitution si de telles dispositions n'avaient aucune valeur juridique et pouvaient être violées par les organes mêmes qu'elle établit !" <sup>5</sup>.

La question reste posée de savoir ce qui distingue, dans la pensée de Burdeau, le pouvoir originaire "futur" du pouvoir de révision institué et les liens qui les unissent l'un et l'autre à un

---

<sup>1</sup> Supra, pp. 63 sq.

<sup>2</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., pp. 250-251.

<sup>3</sup> BURDEAU G., Traité ..., op. cit., ibid.

<sup>4</sup> BURDEAU G., Traité de science politique, op. cit., voy. par ex. le n° 109.

<sup>5</sup> BURDEAU G., Traité de science politique, op. cit., p. 259.

pouvoir originaire "historique"<sup>1</sup>. La thèse défendue par M. Léon Hamon est plus pragmatique. Si l'alinéa 5 de l'article 89 est "politiquement" essentiel, la limitation est "juridiquement" factice<sup>2</sup>. Il suffirait en effet, selon lui, que les parlementaires (devenus majoritairement monarchistes) abrogent les articles 2 et 89, alinéa 5, de la constitution par une première révision, pour proposer et voter ensuite le retour à la monarchie<sup>3</sup>.

C'est donc sur une "conscience politique commune" et non sur "l'intangibilité juridique" que se fonde, en définitive, la permanence des dispositions constitutionnelles immutables.

### § 3. Synthèse

Les travaux de M. Burdeau mis à part, les commentaires de l'article 89 de la constitution de 1958 sont rares et trop succincts pour en dégager une opinion définitive sur sa portée juridique.

Sans doute, la perte d'actualité du mobile politique qui avait motivé son adoption en 1884 justifie-t-elle en partie le désintérêt marqué par le droit constitutionnel français pour cette clause irréformable. On a cependant mis en lumière, dans le chapitre liminaire, un autre argument : il vient du cadre trop étroit dans lequel les constitutionnalistes ont confiné la problématique des limites matérielles.

---

<sup>1</sup> Le chapitre liminaire a insisté sur le caractère aporétique de cette question.

<sup>2</sup> HAMON L., Une république présidentielle ?, Paris, Bordas, 1975, t. 2, p. 314.

<sup>3</sup> HAMON L., op. cit., p. 315.

Les impasses auxquelles cette réduction conduit, et sur lesquelles on ne reviendra plus, expliquent les hésitations et les changements dans la doctrine, plus élaborée, de M. Burdeau.

La leçon théorique à tirer du droit public français est, en définitive, bien mince : soit on est renvoyé à des considérations politiques, soit on se heurte à des obstacles juridiques liés à une problématique mal définie.

### SECTION 3. LE DROIT CONSTITUTIONNEL ITALIEN.

#### § 1. Le droit positif en vigueur - Exégèse de l'article 139 de la constitution du 27 décembre 1947.

"La forme républicaine ne peut être l'objet d'une révision constitutionnelle". L'article 139 de la constitution italienne adoptée le 27 décembre 1947 complète et achève la section du texte fondamental consacrée à la révision de la constitution<sup>1</sup>. La loi constitutionnelle italienne est une règle rigide : l'article 138 préconise en effet des garanties particulières pour sa révision et son élaboration : elle n'instaure pas d'organe spécialement chargé de cette tâche, certes, mais exige deux délibérations successives, dans chacune des deux chambres législatives, séparées par un intervalle de trois mois au moins, avant l'adoption à la majorité absolue des membres de chacune d'elles en deuxième lecture des lois de révision ou de toute autre disposition constitutionnelle.

En outre, un référendum populaire peut être organisé si, dans un délai de trois mois après la publication d'une loi constitutionnelle, la demande en est faite soit par un cinquième des membres de l'une des deux chambres, soit par 500.000 électeurs, soit enfin par cinq conseils régionaux.

Il n'y a pas lieu néanmoins à référendum si la loi constitutionnelle a été approuvée au second vote par les 2/3 des membres de

---

<sup>1</sup> Section II du Titre VI intitulé "Garanties constitutionnelles".

chacune des deux chambres<sup>1</sup>. L'article 139 de la constitution semble, à l'instar de l'article 89 alinéa 5, de la constitution française du 4 octobre 1958, introduire, en outre, une limite matérielle au pouvoir constituant dérivé : celui-ci ne saurait, en effet, toucher à la forme républicaine de l'Etat italien.

Si l'on peut pressentir dans cette interdiction, comme ce fut le cas en France, la crainte de voir réapparaître la monarchie, il faut cependant éviter des assimilations trop rapides qui effaceraient des interprétations doctrinales très différentes de celles que nous avons analysées en France et aussi d'autres motivations historiques. Il faut resituer pareille disposition dans le cadre politique du pays pour lequel le référendum populaire du 2 juin 1946 fut déterminant : celui-ci signa sans doute l'épilogue d'une époque (l'ère de la monarchie) et en annonça une nouvelle<sup>2</sup>. Le décret du 16 mars 1946 avait en effet modifié le décret du 25 juin 1944 qui réservait à l'assemblée constituante le soin de résoudre la question de la nature du régime politique à adopter en Italie, après la chute de la dictature fasciste qui s'était servie des institutions monarchiques du statut Albertin. En soumettant au vote de la population le choix d'une forme soit monarchique, soit républicaine, le décret du 16 mars 1946 liait, sur ce point, la compétence de l'assemblée constituante. Celle-ci a seulement déterminé les formes institutionnelles de la République.

Le 31 janvier 1947, la Commission des 75 députés chargée d'élaborer le projet de la constitution soumit au vote de l'Assemblée constituante un article 131 ainsi conçu : "La forma repubblicana è definitiva per l'Italie e non può essere oggetto di revisione

<sup>1</sup> Voy. article 138 alinéas 1 à 3.

<sup>2</sup> Voy. PERGOLESI F., Diritto costituzionale, 7e éd., Padova, Cedam, 1949; ORSELLO G.P., "Revisione costituzionale e mutamento istituzionale", in Revista di Diritto Pubblico, 1950, I, p. 130.

costituzionale". Parmi les nombreuses interventions qui émaillèrent la discussion sur ce projet, on en retiendra trois particulièrement significatives du point de vue politique.

Celle du député Calamandrei d'abord<sup>1</sup> qui, relevant le caractère rigide de la constitution future où l'on avait voulu distinguer les lois ordinaires des lois constitutionnelles, estima que l'article 131 du projet introduisait en outre une disposition non révisable. Une telle disposition, ajoutait-il, ne devrait pas être considérée comme l'expression d'un simple souhait politique mais comme une norme juridique précise dont la violation aboutirait à la destruction de l'ordre constitutionnel lui-même.

Damiani<sup>2</sup>, lui, estimait que l'article 131 du projet était un "pléonasme" et que si la forme républicaine devait être définitive, il était "philosophiquement" insoutenable de concevoir qu'une constitution faite par des hommes puisse être considérée comme définitivement absolue.

Le député Benedetti, enfin<sup>3</sup>, affirma que la nouvelle constitution devrait épouser le mieux possible les exigences réelles et les idéaux du peuple italien. Si, aujourd'hui, la majorité de celui-ci est favorable au régime républicain, une telle tendance pourrait s'infléchir un jour en faveur de la monarchie. Parce que le peuple est souverain, ni l'article 131 du projet, ni aucune assemblée, ni aucune constitution enfin ne sauraient efficacement empêcher un retournement de cette volonté.

<sup>1</sup> Con. Piero CALAMANDREI (Groupe autonome), Atti dell'Assemblea, ..., session du 8 mars 1947, p. 1925.

<sup>2</sup> Ugo DAMIANI, op. cit., ibid. (Groupe mixte), Atti dell'Assemblea, ..., session du 8 mars 1947, p. 1925.

<sup>3</sup> Tullio BENEDETTI, op. cit., ibid.

Aussi proposa-t-il de modifier l'article 131 du projet en ces termes : "La forma istituzionale dello Stato è subordinata alla volontà della nazione liberamente e democraticamente espressa"<sup>1</sup>. Nobile suggéra, lui, de supprimer le membre de l'article 131 traitant du caractère "définitif" de la République et de maintenir seulement le principe d'une prohibition de la révision constitutionnelle, on éviterait ainsi le pléonasme puisque, de toute évidence, la République "devait être immuable"<sup>2</sup>. La suggestion fut rejetée par Gronchi qui affirma, en substance, que la forme républicaine du régime étant le résultat d'une consultation directe de la population, seule une procédure identique (c'est-à-dire un référendum) pourrait modifier, si peu que ce soit, la forme actuelle de l'Etat<sup>3</sup>. Le projet soumis fut l'objet d'autres critiques tant politiques que juridiques<sup>4</sup>. Finalement, 274 députés (sur les 351 présents) se prononcèrent en faveur de l'amendement du député Nobile et c'est ainsi que la rédaction de l'article 139 du texte définitif fut acceptée : "La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale"<sup>5</sup>.

## § 2. L'interprétation de la constitution.

La proximité des événements qui donnèrent lieu aux polémiques dont on a rendu compte et la périodicité aussi avec laquelle l'actualité les remet sur la scène politique expliquent que les constitutionnalistes italiens se soient, à leur tour, emparés de

<sup>1</sup> BENEDETTI, op. cit., pp. 2779-2780.

<sup>2</sup> NOBILE, op. cit., ibid.

<sup>3</sup> GRONCHI, op. cit., pp. 2781-2782.

<sup>4</sup> Voy. pp. 2782-2784.

<sup>5</sup> Les députés membres de l'Assemblée constituante étaient en réalité 556, cependant 205 parmi eux ne prirent pas part au vote de l'article 131 du projet.



l'article 139 de la constitution pour mesurer sa portée juridique.

Les points de controverse sont nombreux. Que faut-il entendre d'abord par "forme républicaine" ? La plupart des auteurs reconnaissent dans le terme "républicain" l'antinomie d'une "monarchie"<sup>1</sup>. Ils précisent encore qu'une monarchie est l'expression d'un gouvernement individuel exercé à vie par une personne dont le titre est héréditaire. Le monarque n'est donc pas juridiquement le représentant de la collectivité. Lorsqu'on parle de république, en revanche, on vise une forme de gouvernement assumé au nom de la collectivité par un chef d'Etat élu pour un terme déterminé<sup>2</sup>. Certes, divers types de monarchies et autant de républiques sont concevables : entre la république dictatoriale et celle qui relève de la démocratie, le fossé est aussi large que celui qui sépare une monarchie absolue d'une monarchie parlementaire.

C'est pourquoi plusieurs auteurs préconisent l'abandon de cette dichotomie remontant à Machiavel et suggèrent de spécifier davantage les caractères du régime italien tel qu'il semble avoir été défini en 1947.

- 
- <sup>1</sup> Sur ce point, voy. CICCONETTI S.M., La revisione della Costituzione, Padova, Antonio Milani, 1972, pp. 275 sq.; VALENTINI A., "L'articolo 139 della Costituzione" in principi generali del Diritto", in Studi in memoria di Luigi Rossi, Milano, 1952, pp. 539-540; LENER S., "Revisione costituzionale e forma dello Stato", in Civiltà Cattolica, Roma, 1955, II, pp. 22-23.
  - <sup>2</sup> Sur ces distinctions, ROMANO S., Principi di diritto costituzionale, Padova, Cedam, 1946, pp. 145 sq.; MORTATI C., La costituzione materiale, Padova, Cedam, 1940, pp. 71 sq.

La "forme républicaine" de l'Etat concerne, selon M. Cicconetti<sup>1</sup>, le caractère effectif et temporaire du mandat du chef de l'Etat. C'est cela seulement que l'article 139 entend protéger : des lois, ses responsabilités, les structures politiques du pays mêmes ne sont nullement intangibles.

Pour Elia<sup>2</sup>, c'est la compatibilité historiquement vérifiée entre un gouvernement monarchique et un régime fasciste qui doit guider aujourd'hui le sens du choix républicain; en outre, selon lui, le retour à un régime monarchique occasionnerait, nécessairement, une réduction des garanties démocratiques prévues par la constitution. Loin de contester l'exactitude de l'analyse historique donnée par Elia, Valentini<sup>3</sup> estime que le régime fasciste n'a pu s'associer qu'à un type de monarchie bien particulière et que l'observation d'Elia ne saurait donc suffire à justifier l'affirmation beaucoup plus générale contenue dans l'article 139. En outre, les arguments sont insuffisants pour convaincre de ce qu'une monarchie exclut, a priori, la possibilité de l'exercice de la souveraineté populaire, et donc de la démocratie. Les généralisations sur ce point paraissent très criticables.

La diversité des opinions de la doctrine paraît encore plus nette sur la question de la portée à accorder à l'article 139. La question commune qui la préoccupe tourne autour du caractère définitif ou non du régime italien, l'interprétation de l'article 139 n'ayant qu'un intérêt secondaire.

Aucune unanimité ne se dégage cependant dans les solutions proposées, ni même d'ébauche d'une théorie plus complète sur le thème de l'immutabilité des clauses constitutionnelles.

---

<sup>1</sup> CICCONETTI S.M., op. cit., p. 278.

<sup>2</sup> ELIA S., "Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia", in Cronache sociali, 1949, p. 235.

<sup>3</sup> VALENTINI A., op. cit., pp. 537-538.

Parmi les auteurs qui défendent le principe de la mutabilité du régime, plusieurs recourent à l'analyse de la nature de l'article 139 de la constitution. La norme adoptée en 1947 par l'Assemblée Constitutionnelle est purement politique; elle a une valeur déclaratoire et exprime le vœu d'une majorité de députés; pareil souhait ne saurait en aucun cas conférer force juridique obligatoire à l'article 139 de la constitution<sup>1</sup>. La forme républicaine constituait sans doute aux yeux des constituants un caractère essentiel de l'Etat, sans préjudice cependant des délibérations futures du Parlement<sup>2</sup>.

Partisan, lui aussi, de la mutabilité du régime politique, un autre courant doctrinal ne conteste pas directement la juridicité de l'article 139 de la constitution mais s'appuie sur l'interprétation erronée qui l'érige en une limite "absolue". L'article 139 a une efficacité propre dans la mesure où il empêche une révision directe de la forme du gouvernement. Ainsi, pour que celle-ci puisse être modifiée en toute légalité, il faut opérer en deux temps<sup>3</sup>.

L'assemblée parlementaire peut abroger l'article 139 de la constitution et, moyennant le respect des dispositions prévues à l'article 138, réintroduire ensuite tout autre type de régime.

<sup>1</sup> MONACO R. et CANSACCHI, La nuova costituzione italiana, Torino, 1948, pp. 105-106.

<sup>2</sup> MONACO R. et CANSACCHI, op. cit., pp. 166.

<sup>3</sup> BISCARETTI di RUFFIA P., Diritto costituzionale, Napoli, Jovene Editore, 1977 (11), pp. 232 sq.; CROSA E., Diritto costituzionale, Torino, Unione Tip - Ed. Torinese, 1951, pp. 484 sq.; LUCIFREDI R., La nuova costituzione italiana, Milano, Società Ed. Libreria, 1952, p. 214; PERGOLESI F., Diritto costituzionale, Padova, Cedam, 1955, pp. 87 sq.; ORSELLO G.P., op. cit., pp. 124 sq.

Paolo Biscaretti di Rufia s'explique plus longuement sur les raisons de cette opinion<sup>1</sup>. Le premier argument se déduit d'une règle de logique juridique élémentaire : il n'est aucune norme qui ne puisse être abrogée par une norme postérieure adoptée par l'organe compétent pour édicter une règle de même niveau. Ensuite, si l'article 139 constituait une limite absolue, quelle signification auraient les dispositions par ailleurs requises l'ordonnement juridique moderne, toujours sujet à évolution et qui ont institué un organe de révision ? Enfin, on irait à l'encontre de la pratique constitutionnelle de la plupart des Etats modernes en voulant faire de l'article 139 une limite "éternelle".

Une dernière tendance qui conclut à la possibilité d'une mutation du régime préconisé à l'article 1 de la constitution de 1947 s'appuie sur la procédure exceptionnelle du "référendum abrogatif" prévu à l'article 75.

L'article 139 empêche bien toute mutation du régime : l'abrogation de la République par un acte de l'assemblée législative est prohibée et serait dénuée d'effet.

Les auteurs affirment que c'est le référendum du 2 juin 1946 qui a instauré la République en Italie; l'article 1 de la constitution n'a fait qu'entériner une volonté populaire émise par la voie d'un procédé de démocratie directe; le seul acte qui puisse légalement modifier la souveraineté du peuple ainsi exprimée devrait nécessairement être de même nature : c'est pourquoi il faut recourir à l'article 75 alinéa 1, de la constitution qui prévoit qu'"il y a référendum populaire pour décider l'abrogation totale ou partielle d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi lorsque 500.000 électeurs ou 5 Conseils régionaux le demandent"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BISCARETTI di RUFFIA P., op. cit., p. 235.

<sup>2</sup> Voy. VIRGA P., Diritto costituzionale, Palermo, Mori, 1950, p. 266.; ESPOSITO, "Commento all'art. 1 della costituzione", in Rassegna di Diritto pubblico, p. 3 sq.

La seule manière de détourner ce qui constitue une limite absolue pour l'organe représentatif titulaire du pouvoir de révision de la constitution vient, en réalité, de la légitimité initiale qui a institué la forme de l'Etat italien : la volonté directement exprimée par référendum de l'ensemble des électeurs<sup>1</sup>. La décision du peuple n'est jamais irrévocable; libre à lui de la modifier. Parmi les nombreuses objections soulevées par la doctrine à l'encontre de cette thèse, nous en retiendrons deux<sup>2</sup>. Le référendum du 2 juin 1946 s'est déroulé bien avant l'adoption de la constitution de 1947; peut-on, dès lors, estimer que le référendum abrogatif dont la procédure est réglée à l'article 75 de cette dernière puisse être de nature équivalente à l'Acte du 2 juin 1946, lui-même prévu par un décret du 16 mars 1946 ?

D'autre part, si le référendum du 2 juin 1946 permet, sans conteste, à la volonté populaire de rejeter le régime monarchique et de choisir la République, l'autorité à accorder à cette expression est-elle supérieure à celle de l'article 1° adopté par l'assemblée constituante ("L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail") ?

L'article 1° est la source constitutionnelle véritable de la République.

L'autre branche de l'alternative - le principe de l'immutabilité du régime républicain - séduit plusieurs auteurs. Certes, certains constitutionnalistes ne s'étendent pas longtemps sur la question : l'article 139 de la constitution italienne constitue

<sup>1</sup> Nous ne pouvons pas nous étendre ici sur le problème sous-jacent à cette thèse qui est celui du conflit de légitimité inévitable entre la volonté du peuple exprimée directement et cette même volonté coulée dans la représentation parlementaire.

<sup>2</sup> MORTATI C., Diritto costituzionale, op. cit., pp. 1243 sq.; REPOSO A., La forma repubblicana secondo l'Art. 139 C, Padova, Cedam, 1972.

une limite expresse pour le pouvoir de révision; il empêche le retour à la monarchie. Aucune modification par voie légale n'est concevable : seule une révolution pourrait bouleverser la physiologie fondamentale de l'Etat<sup>1</sup>.

Il est une autre thèse, plus sophistiquée dans la mesure où elle combine deux doctrines : il ne suffit pas que l'article 139 contienne une limite expresse au pouvoir de réviser la constitution pour lui reconnaître sa validité juridique. Encore faut-il que la limite appartienne à la "constitution matérielle".

Paolo Barile a exposé cette théorie avec beaucoup de finesse<sup>2</sup>. Pour conquérir sa positivité, une norme constitutionnelle doit notamment être efficace.

Cette efficacité s'évalue à l'aune du consensus social qui semble la rattacher à l'ordre juridique global parce qu'elle réalise les fins politiques de la société à un moment historique précis<sup>3</sup>. Barile ajoute qu'une présomption d'efficacité existe en faveur de toutes les dispositions constitutionnelles<sup>4</sup>.

L'article 139 de la constitution italienne contient bien une limite au pouvoir de réviser la constitution; celle-ci, cependant, ne se déduit pas du caractère explicite de l'interdiction mais de son adéquation avec les postulats implicitement contenus dans la constitution matérielle et qui épousent la tendance politique majoritairement exprimée pour l'instant.

---

<sup>1</sup> BALLADORE PALLIERI L., Diritto costituzionale, Milano, Giuffrè Editore, 1976, p. 301.

<sup>2</sup> BARILE P., La costituzione come norma giuridica, Firenze, G. Barbera, 1959.

<sup>3</sup> BARILE P., op. cit., pp. 44-45.

<sup>4</sup> BARILE P., op. cit., p. 46.

En ce sens, Paolo Barile réfute la thèse de Biscaretti di Ruffia<sup>1</sup> qui conduisait à reconnaître des pouvoirs illimités à l'organe de révision. Celui-ci est inférieur et donc subordonné au pouvoir constituant : ce dernier peut donc valablement lier le futur constituant (qui est dérivé) pour autant, bien sûr, que la norme qui l'oblige soit encore efficace, c'est-à-dire qu'elle s'accorde au consensus majoritaire du moment où devra s'opérer la révision<sup>2</sup>. Aussi longtemps, par conséquent, que le vœu républicain ne sera pas dénié, une modification de l'article 139 de la constitution serait totalement illégale parce qu'elle occasionnerait une mutation du régime opposée au mouvement de l'histoire du pays réel. Il convient de remarquer que l'explication donnée par Barile<sup>3</sup> repose moins sur l'interprétation de la limite expressément inscrite dans l'article 139 de la constitution que sur la reconnaissance de limites implicites, inscrites dans le texte constitutionnel, mais dont la valeur est toujours relative<sup>4</sup>. On réabordera ce thème dans le deuxième chapitre de cette partie. L'opinion ainsi décrite est encore défendue par le professeur Mortati<sup>5</sup>.

Avant de conclure, une dernière justification au principe de l'immutabilité du régime italien s'impose. Celle-ci paraît, en effet, plus radicale que les précédentes, dans la mesure où elle s'appuie sur une interprétation du référendum de 1946. C'est Guido Lucatello qui la formule en ces termes : le régime italien

---

<sup>1</sup> BARILE P., op. cit., voy. pp. 80-85.

<sup>2</sup> BARILE P., op. cit., p. 85.

<sup>3</sup> Dans le même sens, ELIA S., op. cit., pp. 235 sq.

<sup>4</sup> BARILE rejette en effet la thèse qui défend la "superlegalità costituzionale" de certaines limites dont le caractère absolu découlerait du droit naturel (op. cit., pp. 76 sq.).

<sup>5</sup> MORTATI C., op. cit., pp. 1243 sq.

est "immuable" mais les formes de son existence ne sont pas "im-modifiables"<sup>1</sup>. La forme républicaine de l'Etat italien contemporain trouve son assise juridique dans le référendum populaire du 2 juin 1946, lui-même prescrit par décret du 16 mars 1946. Ainsi, l'assemblée constituante se voyait retirer toute compétence quant à la détermination de la nature du régime italien. L'article 1 de la constitution, qui reconnaît que l'Italie est une République, n'est nullement "constitutif"; sa seule portée est d'ordre "reco-gnitif"<sup>2</sup>. La décision populaire liait sur ce point une assemblée qui ne pouvait plus, dès lors, que déterminer les "formes insti-tutionnelles" de la République.

En outre, selon Lucatello, la décision populaire du 2 juin 1946 est juridiquement irrévocable<sup>3</sup>; l'Assemblée constituante, adop-tant l'article 139 de la constitution, a entériné ce principe en déclarant qu'une mutation du régime lui-même n'appartenait pas à la compétence du Pouvoir de révision, ni présent, ni à venir<sup>4</sup>. En réalité, poursuit Lucatello, le corps populaire a, le 2 juin 1946, agi comme un organe "supra- et pré-constituant" (organe pre et supra costituale) et "irrévocable". Le corps populaire qui au-rait pu décider valablement d'opérer une mutation de régime s'est modifié depuis 1946 et partant, un référendum aurait, aujour-d'hui, une autre signification politique mais aussi juridique. Ainsi, en 1946, l'abolition du principe monarchique fut-elle "dé-finitivement" consacrée<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> LUCATELLO G., "Sull'immutabilità della forma repubblicana", in Rivista trimestriale di Diritto Pubblico, Milano, 1955, pp. 745 sq.  
<sup>2</sup> LUCATELLO G., op. cit., p. 748.  
<sup>3</sup> LUCATELLO G., op. cit., p. 749.  
<sup>4</sup> LUCATELLO G., op. cit., p. 749.  
<sup>5</sup> LUCATELLO G., op. cit., p. 751.



La dernière opinion évoquée n'est pas isolée<sup>1</sup>, même si beaucoup d'auteurs n'y souscrivent pas. Sa formulation (il ne s'agit pas encore ici de la discuter) atteste, dans sa radicalité, l'extrême difficulté de la doctrine italienne à dégager de ses antécédents politiques et historiques une doctrine des limites explicites inscrites dans la constitution. S'il paraît, en effet, impossible de dégager l'affirmation d'une, voire de deux tendances parmi les auteurs italiens, c'est sans doute essentiellement en raison du terrain extrêmement politisé où s'enracine chacun de leurs propos.

### § 3. Synthèse.

Le débat engagé par le droit constitutionnel italien autour de l'article 139 de la constitution est avant tout centré sur le caractère définitif ou non de la forme républicaine de l'Etat.

Les constitutionnalistes semblent plutôt poursuivre les discussions politiques commencées au sein de l'assemblée constituante, délaissant ainsi les questions spécifiquement juridiques liées à la validité même de la clause constitutionnelle irréformable.

D'autres difficultés subsistent qui n'ont pas été thématiques dans une perspective rigoureusement technique. On aurait dû, par exemple, apprécier la légalité et la légitimité du référendum du 2 juin 1946 en fonction des fondements du droit public et pas seulement eu égard aux circonstances historiques et politiques de

---

<sup>1</sup> Voy. GRASSO P.G., "Elezione diretta del presidente della Repubblica", in Scritti in onore Constantino Mortati, 1977, II, pp. 175 sq.

son utilisation. On aurait évité ainsi un ensemble de considérations juridiquement peu convaincantes<sup>1</sup>. Une exception est soulignée : celle des propos tenus par M. Barile qui dégagent la réflexion d'un contexte trop empirique. Cependant, il est assez rapidement arrêté dans son raisonnement par les obstacles dont on a largement tenu compte<sup>2</sup>, ceux-là même qui gênent la théorie de M. Burdeau<sup>3</sup>. Ceux-ci sont inhérents au cadre restreint à la révision de la constitution dans lequel il situe la problématique des limites matérielles, même quand il tente de la sortir de ses aspects conjoncturels.

#### SECTION 4. LE DROIT CONSTITUTIONNEL GREC

##### § 1. Rappel du droit positif en vigueur

La constitution grecque, adoptée le 7 juin 1975, mérite de retenir l'attention par son article 110 alinéa 1 : "Les dispositions de la Constitution peuvent faire l'objet d'une révision à l'exception de celles qui déterminent la base et la forme du gouvernement en tant que république parlementaire et des dispositions

---

<sup>1</sup> Voy. par exemple la discussion relatée à propos du référendum et notamment pp. 71 sq.

<sup>2</sup> Supra, chapitre liminaire, section 3.

<sup>3</sup> Supra, pp.

figurant aux articles 2 paragraphe 1, 4 paragraphe 1, 4 paragraphe 7, 5 paragraphes 1 et 3, 13 paragraphe 1, 26<sup>1</sup>.

Cette fois, les limites matérielles imposées à l'exercice du pouvoir de révision sont plus nombreuses que dans les trois exemples choisis précédemment, puisqu'elles touchent non seulement aux structures fondamentales de l'Etat grec mais préservent aussi certains droits individuels de manière absolue.

- 
- <sup>1</sup>
- article 2 paragraphe 1 : "le respect et la protection des droits de l'homme constituent la première obligation de l'Etat".
  - article 4 paragraphe 1 : "Tous les Grecs sont égaux devant la loi".
  - article 4 paragraphe 4 : "Seuls les citoyens grecs ont accès emplois publics, sauf exceptions prévues par des lois spéciales".
  - article 4 paragraphe 7 : "Aucun titre de noblesse, aucune distinction ne sont décernés ni reconnu aux citoyens grecs".
  - article 5 paragraphe 1 : "Toute personne a le droit de développer librement sa personnalité et de participer à la vie sociale, économique et politique du pays, pour autant qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des autres ni ne viole la constitution et les valeurs éthiques".
  - article 5 paragraphe 3 : "La liberté individuelle est inviolable. Nul ne peut être poursuivi, arrêté, emprisonné ou faire l'objet de détention qu'en vertu de la loi".
  - article 13 paragraphe 1 : "La liberté de culte est inviolable. La jouissance des droits civils et individuels ne dépend pas des opinions religieuses individuelles".
  - article 26 paragraphe 1 : "La fonction normative est exercée par le Parlement et le Président de la République".
  - article 26 paragraphe 2 : "La fonction exécutive est exercée par le Président de la République et le gouvernement".
  - article 26 paragraphe 3 : "La fonction juridictionnelle est exercée par les Cours et Tribunaux au nom du peuple grec".

## § 2. L'interprétation de la constitution

Les commentaires développés à propos de l'article 110 ne sont pas encore abondants. Ceux recensés ici, en outre, accordent peu de place à l'étude de la deuxième série d'interdictions, réservant plutôt leur attention à celles qui concernent les structures étatiques. La constitution de 1975 (article 110, paragraphe 1) a résolu en partie l'ambiguïté que les constitutions helléniques précédentes avaient suscitée en interdisant la révision de leurs "dispositions fondamentales"<sup>1</sup>. Comme les travaux préparatoires des assemblées constituantes n'offraient pas de réponse précise à la question de savoir quelles dispositions étaient fondamentales, la doctrine était loin d'être unanime. En tout cas, les listes qu'on dressait étaient longues, détaillées, voire contradictoires<sup>2</sup>.

Sans reprendre ici les subtilités de chacune des théories, il faut constater qu'un point au moins faisait l'unanimité à propos de l'article 108 paragraphe 2 de la constitution de 1952 : le caractère monarchique de l'essence même de l'Etat hellénique ne pouvait faire l'objet d'une révision<sup>3</sup>. On comprendra dès lors que

<sup>1</sup> Article 108 paragraphe 2, des constitutions de 1911 et 1952 et article 125 paragraphe 1 de celle de 1927.

<sup>2</sup> Voy. GEORGOPOULOS C., Principes de droit constitutionnel, Athènes, Eksodis Astynouïkes Scholes, 1958, t. 2, pp. 93 sq. (ouvrage en grec); SGOURITSAS Ch., Principes de droit constitutionnel, Athènes, Tzaka Delagrammatika, 1951 (2), pp. 164-167 (ouvrage en grec); MANESSIS A., Les garanties d'observation de la Constitution, Thessalonique, Saccoula, 1965, II, pp. 300-313 (ouvrage en grec : *Αφ' ἐπ' ηὐτῆς τῆς ἐντέλης τοῦ Συνταγματοδότης*); VEZANIS D., "Remarques sur les dispositions de la révision de la constitution", in Mélanges Kyriakopoulos, Thessalonique, 1966, pp. 1165-11780; ZORAS G., La costituzione della Grecia, Roma, Animima Romana Editoriale, 1933, pp. 123 sq.

<sup>3</sup> Voy. dans ce sens MANESSIS A., op. cit., pp. 300-302.

la première question qui retint les interprètes de la constitution de 1975 a trait à la validité de l'option républicaine faite à l'article 1 du nouveau texte<sup>1</sup>.

En dépit du fait que tous les changements constitutionnels, sauf un, dans l'histoire grecque récente, aient eu lieu en violation de l'ordre existant, la question classique des rapports entre révolution et légalité a suscité peu d'intérêt jusqu'ici. A dire vrai, les tribunaux grecs ont toujours reconnu que les révolutions victorieuses créent une nouvelle légalité, tandis que les hommes politiques, dans l'ensemble, ont ignoré le problème, assurant qu'il n'existe pas<sup>2</sup>. La fin de l'inter règne de 1967-1974 (qui restera pour l'histoire le temps du "régime des colonels") laisse derrière lui maints problèmes constitutionnels qui pourraient occuper longtemps les spécialistes de droit constitutionnel. Après la formation par M. Caramanlis du gouvernement d'unité nationale le 24 juillet 1974<sup>3</sup>, un "Acte constitutionnel", abrogeant les institutions de la dictature et proclamant la remise en vigueur provisoire jusqu'à l'adoption d'une nouvelle constitution du texte de 1952, était décrété par le Président de la République hellénique, le 1er août 1974.

Le 3 octobre 1974, un nouvel acte constitutionnel convoque une Assemblée "constituante". Cependant, dès le lendemain, le gouvernement publiait une loi constitutionnelle définissant les pouvoirs de la nouvelle Chambre et s'abstenait de la désigner comme un Parlement réformateur ou une Assemblée constituante.

- <sup>1</sup> MARKESINIS B., "Les problèmes constitutionnels du nouveau régime", in Problèmes politiques et sociaux, n° 287, 25 juin 1976, pp. 5 sq.; MANESSIS A., Συνταγματική θεωρία και πρακτική, Thessalonique, Saccoula, 1980, pp. 118 sq. et 592 sq.
- <sup>2</sup> Dans ce sens, MARKESINIS B., op. cit., pp. 5 sq.
- <sup>3</sup> Pour la chronologie des événements, voy. par exemple, CATSIAPIS J., "La Constitution de la Grèce du 9 juin 1975", in R.D.P., 1975, pp. 1577 sq.

L'article 2 de cette loi lui donnait pleins pouvoirs pour réviser le texte constitutionnel tout entier à l'exception, cependant, des articles prescrivant la forme de l'Etat. De cela, l'électorat devait décider par référendum et son verdict lierait le nouveau Parlement.

Ce recours au verdict populaire suscite, à l'instar de celui de 1946 en Italie, un conflit de légitimité entre les deux modes classiques d'exercice de la souveraineté populaire : l'exercice direct par le biais du référendum ou son exercice par l'intermédiaire de représentants élus.

M. Markesinis a perçu le problème<sup>1</sup> mais son argumentation s'éloigne peu, en définitive, de celle de la majorité des auteurs qui estiment que seul un référendum pouvait également abolir la monarchie considérée comme la forme "définitive" de l'Etat par l'article 108, paragraphe 2, de la constitution de 1952<sup>2</sup>.

M. Markesinis précise quelque peu cette affirmation abrupte en reconnaissant à l'Assemblée convoquée par l'Acte constitutionnel du 3 octobre 1974 un caractère "réformateur" et non pas "constituant"<sup>3</sup>. Une telle distinction a, selon lui, "une signification

<sup>1</sup> MARKESINIS B., op. cit., pp. 11-12.

<sup>2</sup> CATSIAPIS J., op. cit., pp. 1577 sq.; PAPADIMITRIOU G., "ΤΟ ΠΟΛΙΤΕΙΣΜΑ ΤΗΣ ΠΡΟΕΔΡΕΥΟΜΕΝΗΣ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΕΥΤΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΚΑΙ Η ΠΕΝΤΑΧΡΩΝ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ", extrait de ΠΕΝΤΕ ΧΡΟΝΑ ΕΦΕΤΗΡΙΑ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΤΟΥ 1975, Komatene, 1981.

<sup>3</sup> MARKESINIS B., op. cit., pp. 12-13.

pratique dans les pays où un texte constitutionnel écrit et rigide (...) fait une distinction entre les articles de la Constitution qui peuvent être amendés et ceux qui ne peuvent être altérés - tout au moins par des moyens légaux"<sup>1</sup>. L'Acte constitutionnel du 1er août 1974 a tenté de rétablir la continuité avec le régime qui précédait le coup d'Etat de 1967<sup>2</sup>. Or, une assemblée constituante ne peut être convoquée qu'"à la suite d'une rupture fondamentale et parfois prolongée de l'ordre légal"<sup>3</sup>. En dépit des apparences (l'agitation politique amorcée au début de l'été 1965 est parvenue à son paroxysme au moment du pronuciamiento de 1967), le gouvernement provisoire préféra confier la tâche de "réviser" la constitution de 1952 à ce qu'il appela un "Parlement réformateur avec larges pouvoirs de révision"<sup>4</sup>.

L'opposition multiplia les arguments pour condamner les lois susceptibles de restreindre les pouvoirs du nouveau Parlement. En vain puisque le Parlement a effectivement accepté de fonctionner à l'intérieur des limites fixées par les lois d'octobre 1974. Les résultats du référendum du 8 décembre 1974 furent, à cet égard, déterminants puisqu'en recueillant 69,2 % des voix en faveur de la république, ils consacraient la défaite des monarchistes (30,8 %) et liaient l'assemblée "réformatrice" dans son oeuvre de révision, la consignant dans l'élaboration d'institutions républicaines<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> MARKESINIS B., op. cit., ibid..

<sup>2</sup> Dans le même sens, PAPACONSTANTINO C., "Les fondements idéologiques de la nouvelle constitution hellénique", in Revue française d'études politiques méditerranéennes, n° 13, janvier 1976, pp. 22-23.

<sup>3</sup> MARKESINIS B., op. cit., p. 12.

<sup>4</sup> Voy. le décret présidentiel n° 651 du 5 octobre 1974.

<sup>5</sup> Très précisément, 3.244.748 voix pour, contre 1.445.857 de voix négatives.

La deuxième préoccupation des constitutionnalistes revient ensuite à donner sa portée à l'article 110 paragraphe 1, de la constitution de 1975. Les dispositions particulières, à savoir la protection de la personne humaine, l'égalité devant la loi, le droit réservé exclusivement aux Grecs d'accéder à la fonction publique, l'interdiction des titres de noblesse, le droit de développer sa personnalité : la sécurité individuelle, la liberté religieuse, n'ont pas encore fait l'objet d'analyse doctrinale systématique<sup>1</sup>.

L'interprétation du premier volet de l'interdiction de révision, en revanche, est plus difficile. M. A. Pantelis estime qu'il doit être interprété strictement : ce qui détermine la base et la forme du régime en tant que régime parlementaire concerne "la souveraineté populaire avec le suffrage universel et direct, la présomption de compétence en faveur d'une Assemblée directement élue par le peuple, la non-ingérence de l'exécutif dans la révision constitutionnelle; le chef de l'Etat élu et distinct du chef du gouvernement; la responsabilité du ministère devant une assemblée élue au suffrage universel; les interdictions mêmes de l'article 110 paragraphe 1, sur la révision constitutionnelle"<sup>2 3</sup>. Des études plus récentes mettent en doute cependant les fondements de pareille hypothèse<sup>4</sup>. Une analyse plus approfondie des institutions établies en 1975 conduit ces auteurs à s'interroger sur la nature véritable du régime mis en place. La Grèce est une "démocratie républicaine parlementaire". Si le premier terme consacre implicitement l'épilogue de la dictature militaire et proclame la garantie des droits fondamentaux, si la référence à la

<sup>1</sup> Voy. PANTELIS A., Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 205-206; PAPACONSTANTINO C., op. cit., pp. 24-28.

<sup>2</sup> PANTELIS A., op. cit., p. 206.

<sup>3</sup> Comme le relève Pantelis, une doctrine conteste ce dernier point.

<sup>4</sup> Voy. TSATSOS D., Die neue griechische Verfassung, Heidelberg, Decker und Müller, 1980; PAPADIMITRIOU G., op. cit., p. 248 sq.



république contient en soi l'exclusion d'une monarchie, on peut douter du caractère parlementaire de l'Etat hellénique<sup>1</sup>.

En réalité, la constitution de 1975 a établi en Grèce une "démocratie exécutive" (Executivdemocratie)<sup>2</sup>, le Président de la République jouit d'une couverture constitutionnelle qui lui permet de jouer de son influence sur le Parlement et sur la fonction législative : son élection par le Parlement (article 32 paragraphe 1), son droit de dissolution (article 41 paragraphe 1), sa participation au pouvoir législatif (article 26 paragraphe 1). En outre, il exerce avec le gouvernement le pouvoir exécutif (article 26 paragraphe 2) : dans des circonstances exceptionnelles, il peut même présider le Conseil des Ministres (article 38 paragraphe 3); il exerce les prérogatives habituellement réservées aux monarques (déclaration de guerre, conclusion des traités internationaux - article 36 paragraphe 1). Dans le même ordre d'idées, la constitution consacre enfin la stricte dépendance du Gouvernement face au chef de l'Etat : choix du premier Ministre dans la formation politique majoritaire qui a élu le Président de la République à la Chambre (article 37 paragraphe 2), révocation du premier Ministre et du Gouvernement (article 38).

La constitution de 1975 conduit ainsi à une physionomie très paradoxale<sup>3</sup> du Gouvernement : celui-ci doit à la fois obtenir la confiance du Parlement (article 84 paragraphe 1) et celle de l'Etat. L'article 48 de la constitution attribue au Président de la République des pouvoirs exceptionnels "en cas de guerre ou de mobilisation en raison de dangers extérieurs, (...) ainsi qu'en cas de troubles graves ou de menace manifeste contre l'opinion publique et la sûreté de l'Etat en raison de dangers intérieurs": il peut notamment suspendre l'application des articles concernant

<sup>1</sup> TSATSOS D., op. cit., p. 15; PAPADIMITRIOU G., op. cit., pp. 248-249.

<sup>2</sup> TSATSOS D., op. cit., p. 23.

<sup>3</sup> TSATSOS D., op. cit., p. 27.

la liberté individuelle (article 5 paragraphe 4), le droit d'habeas corpus (article 6), la justice ordinaire (article 8, l'inviolabilité du domicile (article 9), la liberté de réunion et d'association (articles 11-12), la liberté de la presse (article 14), de la correspondance (article 19).

Prévu par l'article 39, le "Conseil de la République" rappelle le "Conseil de la Couronne", institution aménagée dans la précédente constitution de 1952. Cette description - succincte - des pouvoirs du Président de la République conduit M. Dimitri Tatsos à rapprocher le statut présidentiel de la défunte institution monarchique : et de conclure que la constitution du 11 juin 1975 est "conservatrice"<sup>1</sup> dans la mesure où elle prolonge et assure la tradition autoritaire de l'Etat grec dans lequel la monarchie ne doit pas être comprise seulement comme la forme<sup>2</sup> de l'Etat mais comme sa substance même : la constitution de 1975 n'a rien modifié aux traits caractéristiques de la société hellénique : influence et autorité de l'Eglise grecque orthodoxe, conception monarchique du pouvoir, nette séparation entre l'Etat, garant de la "neutralité légale" et la société civile<sup>3</sup>. Malgré l'intérêt évident que procure la lecture de cette thèse, on pourra regretter qu'elle ne s'attache pas de manière précise à l'étude de l'article 110 paragraphe 1. Sans pouvoir préjuger de l'opinion de cet auteur sur cet article, il paraît vraisemblable que la sauvegarde du caractère "républicain et parlementaire" du régime instauré en 1975, préconisée par cette disposition, poserait des difficultés d'interprétation prolongeant celles que suscite l'aménagement d'une structure politique à tout le moins hybride. On pourrait, dès lors, se demander si, contrairement à l'opinion

1 TSATSOS D., op. cit., p. 34.

2 TSATSOS D., op. cit., p. 17.

3 TSATSOS D., op. cit., pp. 17-20. Dans le même sens, PAPADIMITROU G., op. cit., pp. 248-257.

émise par M. Pantelis<sup>1</sup>, l'article 110 paragraphe 1 a effectivement résolu l'incertitude créée par les précédentes constitutions qui ne précisait pas davantage les "dispositions fondamentales" intangibles. Certes, le deuxième volet du nouvel article définit plus explicitement les droits individuels qui font l'objet de cette garantie; tel n'est pas le cas du premier membre de la disposition qui, une fois encore, engendre sans doute les plus grandes divergences entre les auteurs.

La doctrine récente ne s'est pas encore suffisamment prononcée sur ces points précis : on penserait cependant utile et important pour la suite de la recherche d'évoquer ces particularités institutionnelles de l'Etat hellénique qui, à leur manière, complètent l'éventail des situations présentées dans la première partie de ce travail et appelées à illustrer la réflexion de la seconde.

---

<sup>1</sup> PANTELIS A., op. cit., p. 205.

## SECTION 5. LE DROIT CONSTITUTIONNEL ALLEMAND

### § 1. Le droit positif en vigueur. Genèse de l'article 79 paragraphe 3.

L'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale adoptée le 23 mai 1949 par l'Assemblée parlementaire (Parlamentarischer Rat) de la République fédérale d'Allemagne est rédigé en ces termes : "Toute révision de la présente loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Pays (Länder), au principe de la participation des pays à la législation ou aux principes des articles 1 et 20 est interdite"<sup>1</sup>.

Placé à la suite des deux paragraphes consacrés aux modalités formelles nécessaires à une révision de la loi fondamentale, le paragraphe 3 de l'article 79 revêt une signification particulière.

#### 1 Article 1

1. La dignité de la personne humaine est sacrée. Tous les agents de la puissance publique ont l'obligation absolue de la respecter et de la protéger.
2. Le peuple allemand reconnaît donc l'existence de Droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la Paix et de la Justice dans le monde.
3. Les droits fondamentaux ci-après énoncés constituent des dispositions légales directement applicables qui lient les Pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire".

#### Article 20

1. La R.F.A. est un Etat fédéral démocratique et social.
2. Tout pouvoir émane du peuple. Celui-ci l'exerce par des élections et des votations et par l'intermédiaire d'organes spéciaux de législation, du Pouvoir exécutif et de juridiction.
3. Le Pouvoir législatif est tenu de respecter la Constitution; le Pouvoir exécutif et les juridictions sont tenus de respecter la loi et le droit.

Combiné avec les articles 1 et 20, il érige à un niveau hiérarchiquement supérieur les principes que le constituant de 1949 a explicitement soustraits aux compétences du législateur investi par lui de la tâche de réviser la loi fondamentale<sup>1</sup>.

L'article 79 paragraphe 3 introduit dans le droit constitutionnel allemand un type de limite jusque-là inconnue par la tradition. Ni la constitution de l'Empire du 16 avril 1871, ni celle de la République de Weimar du 11 août 1919 n'assujettissaient le titulaire du pouvoir de révision à des interdictions matérielles.

Sans aucun doute, les leçons de l'histoire et en particulier les progrès du national-socialisme, assurés longtemps de leur légalité constitutionnelle formelle<sup>2</sup>, conduisèrent-ils les édificateurs du nouvel Etat allemand à garantir les éléments fondamentaux, c'est-à-dire démocratiques du régime nouveau.

Déjà, l'avant-projet de loi élaboré par la Conférence des Ministres présidents des différentes zones occupées de l'Allemagne occidentale, réunis à Herrenchiemsee<sup>3</sup>, proposait dans un Article 108 que toute modification constitutionnelle concernant l'Etat libéral et démocratique fut prohibée<sup>4</sup> 5. Les débats parlementaires suscités par les articles 106 à 108 de l'avant-projet (qui

<sup>1</sup> Voy. LAUX J., Bedeutung und Inhalt der Grenzen der Grundgesetzänderung nach Artikel 79 Abs III des B.G.G., Kiel, Dissert., 1956, pp. 4-6.

<sup>2</sup> L'article 76 de la constitution de Weimar laissait, en effet, toute latitude (formelle et matérielle) au pouvoir législatif chargé de sa révision. "Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden".

<sup>3</sup> Conférence de Herrenchiemsee du 10 au 23 août 1948.

<sup>4</sup> "Anträge auf Änderung des Grundgesetzes, durch die freiheitliche und demokratische Grundordnung beseitigt werden würde, sind unzulässig" (article 108 H.G. E.).

<sup>5</sup> Sur l'histoire de l'élaboration de la loi fondamentale, voy. STEINER U., Verfassungsgebende und Verfassungsändernde Gewalt des Volkes, Berlin, Duncker und Humblot, 1966, chapitre 3, pp. 147 sq.

furent refondus dans un article 79 à la révision de la loi fondamentale) furent axés sur l'interprétation et la portée à donner aux limites matérielles, sans s'étendre longtemps cependant sur la question de la validité juridique de telles limitations<sup>1</sup>.

La note accompagnant la rédaction définitive de l'article 79 paragraphe III mérite pourtant d'être citée : "Cette disposition a pour but d'éviter que la loi fondamentale puisse être l'objet d'une révision totale ou d'un anéantissement (Vernichtung) qui, en particulier, cacherait sous un voile de légalité, un mouvement révolutionnaire anti-démocratique. Un tel article ne saurait empêcher une Révolution; tout mouvement révolutionnaire est susceptible d'engendrer du droit nouveau; mais au moins il ne saura tirer parti d'une légitimité ou d'une qualité juridique apparentes les titres d'une légalité nouvelle"<sup>2</sup>.

La crainte de voir se reproduire les excès constitutionnels commis par Hitler et le N.D.S.A.P. en 1933 sous le régime de Weimar a très certainement déterminé le vote par l'Assemblée Parlementaire du paragraphe 3 de l'article 79<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sur la genèse de cet article, voyez : Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Tübingen, Mohr, 1951, B. I, pp. 579-587; et le commentaire de WEBER W., Grenzen der Verfassungsänderung, Dissert., Köln, 1956, pp. 18 sq.

<sup>2</sup> Voy. le texte allemand dans Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, op. cit., séance du 16 décembre 1948, p. 586.

<sup>3</sup> Voici un rappel des faits : appelé en 1933 par le président du Reich von Hindenburg, le chancelier Hitler, usant de procédés démagogiques certes, obtint néanmoins au Reichstag la majorité des 2/3 requise pour l'adoption de la loi lui attribuant les pouvoirs exceptionnels en temps de crise. Ainsi, l'article 76 de la constitution de Weimar apparut-elle comme "une chance" pour couvrir la légalité d'un coup d'Etat jugé plus tard par l'histoire comme antidémocratique. (CURTIUS F., Die Schranken der Änderung des Grundgesetzes, Köln, Dissert., 1953. pp. 41-44.

Pour être complet, il faudrait citer les dispositions intangibles que plusieurs Länder ont inscrites dans leur propre constitution<sup>1</sup>

## § 2. L'interprétation de la loi fondamentale

L'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 est original dans le droit positif de ce pays.

Pourtant, la tradition est longue dans la doctrine antérieure à 1949 qui s'est intéressée, et de manière très rigoureuse, au problème des limites à l'exercice de la fonction constituante. La littérature contemporaine, ainsi que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sont imprégnées de ces références et il n'est aucun commentaire actuel de l'article 79 paragraphe 3 qui ne soit étayé par bon nombre d'entre elles.

### Article 1. La validité de l'article 79 paragraphe 3

#### A. La doctrine antérieure à 1949.

-----

Il est bon, dès lors, de rappeler les thèses les plus classiques élaborées au XIX<sup>ème</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle à propos de la validité des dispositions perpétuelles. Kohler tenait pour non juridiques (rechtsunwirksam) de telles dispositions parce qu'elles ne pouvaient valablement lier pour l'avenir les destinées de l'Etat<sup>2</sup>. L'essentiel de son argumentation s'appuyait

<sup>1</sup> Par exemple, La sauvegarde du principe démocratique : Baden, article 92; Bavière, article 75 Abs 1; Hessen, article 150; Rheinland-Pfalz, articles 174 et 129; Les droits de l'homme, Hesse, article 26; Brême, article 20; Rheinland-Pfalz, article 129 (en liaison avec le préambule).

<sup>2</sup> Voir note 2, p. 96.

sur l'article 28 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée par le Congrès national français le 24 juin 1793 .

Von Herrnritt estimait "non relevantes" toutes les dispositions intangibles, réservant le même sort à celles qui prétendraient indiquer le sens d'une révision future. Ce sont des règles insensées ("bedeutungslose Sätze") et dont le caractère est uniquement "déclaratoire" .

Kelsen lui aussi dénonça cette manière pour le constituant souverain de s'auto-limiter. Ni le législateur, ni le constituant ne sauraient déterminer pour l'avenir les attributions des futurs titulaires de ces pouvoirs .

Sous l'influence toujours du positivisme, Walter Jellinek considérait que l'Etat étant appelé à un "développement éternel" (ewige Entwicklung) il était absurde qu'une constitution multiplie les difficultés, voire même empêche sa propre révision. Ainsi, la clause qui tiendrait pour inaltérable tout ou partie d'une constitution outrepasserait les pouvoirs du constituant. Le témoignage des mouvements révolutionnaires confirme, selon lui, cette opinion de l'impossibilité de clauses inaltérables .

2 KOHLER, "Verfassungsänderung während der Regentschaft", in Annalen des Deutschen Reiches, 1888, p. 4.

4 Article 28 : "Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de réviser sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures".

2 VON HERRNRITT R.H., Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung, Wiener, Staatswissenschaftliche Studien, 1901, p. 49.

3 KELSEN H., Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, Mohr, 1911, pp. 440 sq.

4 JELLINEK W., Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 23-24.



Une autre tendance s'affirme chez une série d'auteurs pour qui une limite matérielle n'est ni factice ni purement politique mais est, au contraire, juridiquement fondée et valable.

Jeselson, par exemple, déplore que l'article 76 de la constitution de Weimar laisse tant de latitude au titulaire du pouvoir de révision. Il préconise, en effet, que certaines règles juridiques préservent à l'avenir des lois et prescrivent au Gouvernement et au Peuple certains comportements à suivre en cas de modifications du texte fondamental<sup>1</sup>.

De même, Karl Loewenstein estime que le législateur, investi du pouvoir de révision, reste néanmoins soumis à la constitution et qu'à l'avenir, des dispositions matérielles devraient explicitement la protéger de violations<sup>2</sup>.

Richard Thoma, à son tour, reconnaît la possibilité "qu'une règle constitutionnelle consacre formellement l'intangibilité de certaines dispositions et puisse ainsi exclure la possibilité de leur révision"<sup>3</sup>. Plus tard, d'ailleurs, il affirmera sans hésiter qu'une telle règle juridique est tout à fait valable et préserve les impératifs de la démocratie. L'opinion de M. Scheuner corrobore celle de R. Thoma et précise que le peuple souverain a parfaitement le droit de limiter pour l'avenir sa propre souveraineté<sup>4</sup>. Certes, si une interdiction n'empêchera jamais une révolution de bouleverser l'ordre existant, son incongruité même ne contrevient en rien au caractère démocratique de la constitution.

<sup>1</sup> JESELSON S., Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1929, p. 89.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN K., Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, Tübingen, Mohr, 1931, p. 308.

<sup>3</sup> THOMA R., Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Reichsverfassung im allgemein, p. 38.

<sup>4</sup> SCHEUNER U., "Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz", in Festgabe für Kaufmann, Stuttgart, 1950, pp. 317 sq.

Terminons enfin par la thèse du constitutionnaliste suisse Hans Haug pour qui une limite matérielle constitue une obligation juridique véritable pour le constituant futur. La validité et l'efficacité de pareilles clauses ne lui paraissent pas douteuses<sup>1</sup>.

## B. La doctrine et la jurisprudence depuis 1949

-----

La diversité des opinions émises à propos de la validité de l'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale de 1949 prolonge, sans nul doute, la variété de celles que les publicistes antérieurs avaient formulées.

Plusieurs auteurs contemporains contestent toute valeur juridique à l'article 79 paragraphe 3<sup>2</sup>. Selon eux, l'article 79 paragraphe 3 ne formulerait que des souhaits auxquels le caractère obligatoire ferait défaut. Dès lors, aucun contrôle sur cet article<sup>3</sup> ne saurait être exercé par le tribunal constitutionnel fédéral. D'autres commentateurs ne cachent pas leur scepticisme certes sur l'efficacité à accorder aux clauses d'intangibilité<sup>4</sup>. Pourtant, ils leur reconnaissent un caractère obligatoire. Selon les uns,

<sup>1</sup> HAUG H., Die Schranken der Verfassungsrevision, op. cit., pp. 180 sq.

<sup>2</sup> Voy. par ex. HERRFAHRDT H., Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, V, 1950; FORSTHOFF E., Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München, 1971.

<sup>3</sup> Sur ce dernier point, voy. la critique très sévère de DÜRIG G., "Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs III der G.G.", in Festgabe für Theodor Maunz, München, Becks, 1971, pp. 41 sq.

<sup>4</sup> Voy. par ex. MAUNZ T., DÜRIG G., Grundgesetz Kommentar, München, Becks, 1980, V° Art. 79.

celui-ci serait purement déclaratoire, selon d'autres, il aurait force constitutive<sup>1</sup>.

Cette opinion de la doctrine épouse la position très franche de la Cour constitutionnelle fédérale. Appelée plusieurs fois à se prononcer sur la conformité d'une modification constitutionnelle au regard de l'article 79 paragraphe 3<sup>2</sup>, elle préférera confirmer une jurisprudence élaborée dès l'arrêt du 17 août 1956<sup>3</sup>. Selon elle, l'article 79 paragraphe 3 "empêche d'altérer dans sa substance même l'ordre constitutionnel, d'opérer par voie légale et formelle une réforme profonde de ses dispositions les plus fondamentales et de légaliser toute forme du régime totalitaire<sup>4</sup>. On verra plus loin cependant que, d'abord favorable à une interprétation stricte de l'article 79 paragraphe 3, elle a, depuis 1970, étendu l'hypothèse des limites à certains cas implicitement prévus par la constitution.

MM. Maunz et Dürig dans leur "Commentaire"<sup>5</sup> résument la tendance dominante de la doctrine et de la jurisprudence en ces termes : l'article 79 paragraphe 3 a un caractère obligatoire incontestable. Cependant, dans l'hypothèse de la réunification du peuple allemand en vue de l'adoption d'une constitution définitive (prévue par l'article 146 BGG<sup>6</sup>), les dispositions de l'article 79 paragraphe 3 ne sauraient lier le nouveau constituant.

<sup>1</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 66.; EHMKE H., Grenzen der Verfassungsänderung, op. cit.; ERCAMORA F., Allgemeine Staatslehre, Berlin, Duncker und Humblot, 1970, B II, p. 1114.

<sup>2</sup> Voy. B.Verf.GE, 26 juillet 1972, Band 34, pp. 19 sq.;  
B.Verf.GE, 22 mai 1975, Band 39, p. 349;  
B.Verf.GE, 15 décembre 1970, Band 30, pp. 24.

<sup>3</sup> B.Verf.GE, 17 août 1956, Band 5, pp. 124 sq.

<sup>4</sup> B.Verf.GE, 15 décembre 1970, op. cit., p. 24.

<sup>5</sup> MAUNZ T., DÜRIG G., Grundgesetz Kommentar, op. cit., n°21-50.

<sup>6</sup> Article 146 BGG : "La présente loi fondamentale cessera d'être en vigueur le jour où entrera une Constitution que le peuple allemand aura adoptée par une libre décision".

L'article 79 paragraphe 3 constitue une auto-limitation juridique pour le "Verfassungsändernde Normsetzung"<sup>1</sup>, mais il porte en lui un terme : son caractère obligatoire échoit lors de la réunion du peuple allemand pour l'élaboration d'une constitution définitive ("Verfassungschaffende Normsetzung"<sup>2 3</sup>).

L'article 79 paragraphe 3 est périlleux à trois titres au moins : il attente aux droits du peuple souverain, dans la mesure où l'article 20 est rendu intangible par lui; il lie les générations futures et son manque de souplesse pourrait engendrer des mouvements révolutionnaires aux effets nettement plus violents. Enfin, cette interprétation extensive de l'article ne saurait, en aucun cas, être approuvée<sup>4</sup>.

Néanmoins, MM. Maunz et Dürig soutiennent que l'article 79 paragraphe 3 est utile et doit être préservé. Il empêche d'abord que n'aboutissent des réformes "légales" modifiant, comme sous le IIIe Reich, l'esprit des lois fondamentales.

Il combat aussi l'illusion positiviste selon laquelle le respect du formalisme des procédures suffit seul à garantir la démocratie.

---

<sup>1</sup> Pour une étude plus détaillée sur cette question, on lira : MURSWIEK D., Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin, Duncker und Humblot, 1978; ZEIDLER W., "Die Unverbrüchlichkeit der Grundrechte", in Deutsches Verwaltungsblatt, 1950, p. 599.

<sup>2</sup> ZEIDLER W., op. cit., p. 599.

<sup>3</sup> CURTIUS C.F., op. cit., pp. 66-68.

<sup>4</sup> Maunz critique sévèrement la tendance récente de la Cour constitutionnelle fédérale (B.Verf.GE., 15 décembre 1970, B. 30) qui semble s'être dirigée dans cette voie (MAUNZ Th., Deutsches Staatsrecht, München, Verlag C.H. Beck, 1977, 21e éd., pp. 48 sq.)

L'article 79 paragraphe 3 contribue ainsi à édifier une "Wertgebundene Demokratie", une démocratie attachée au respect de certaines valeurs concrètes<sup>1</sup>.

## Article 2. Le contenu de l'article 79 paragraphe III BGG.

A. La première moitié de l'article 79 paragraphe II : le fédéralisme .

-----

L'article 79 paragraphe III énonce d'abord que "toute révision de la loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Pays, au principe de la participation des Pays à la législation (...) est interdite".

Que la forme de l'Etat fédéral soit intangible signifie qu'une mutation de la République fédérale (Bundesrepublik) en un Etat unitaire (Einheitsstaat) dans lequel les Länder seraient réduits à des entités administratives est interdite<sup>2</sup>. Le député Katz affirmait qu'une telle disposition empêchait "la dégradation des Länder en Provinces ou en Préfectures"<sup>3</sup>. L'interdiction, cependant, ne touche pas la configuration géographique ni même le nombre de Länder<sup>4</sup>. L'article 29 de la loi fondamentale prévoit

<sup>1</sup> MAUNZ Th. et Dürig G., op. cit., n° 40 sq.

<sup>2</sup> HERRFAHRDT H., op. cit., II, 3 zu Art. 79.

<sup>3</sup> Cf. Jahrbuch für Öffentliches Recht, op. cit., p. 581 + B.Verf.G. 26 juillet 1972, B.Verf.GE. 34, pp. 19-20.

<sup>4</sup> Voy. VON MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt am Main, 1953, p. 135; SCHRAMM Th., Staatsrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1971, I, p. 132; B.Verf.GE. 23 octobre 1951, I, pp. 14 et 47-48.

d'ailleurs la possibilité de créer de nouveaux Länder<sup>1</sup>. La question du fédéralisme a suscité plusieurs débats politiques lorsqu'il s'est agi d'apprécier la portée de réformes renforçant les prérogatives du Bund. Dans la mesure où la structure fédérée est un complément à l'exercice de la démocratie, dans la mesure où elle permet l'expression des minorités régionales et politiques, l'article 79 paragraphe III préserve le statut du Land comme centre de décisions politiques<sup>2</sup>.

Ensuite, l'article 79 paragraphe III garantit le principe d'une participation des Länder à la législation (Gesetzgebung).

Précisons tout de suite qu'il s'agit bien de la participation des "Länder". L'article 79 paragraphe III n'institue pas le Bundesrat à titre définitif ni même une forme particulière de l'intervention de cette institution. L'article 79 paragraphe III ne réserve cependant pas aux institutions fédérales ou locales certaines matières déterminées<sup>3</sup>. Il prévoit seulement que l'activité normative des Länder doit s'exercer à deux niveaux : d'abord, dans le cadre du Land lui-même : on ne saurait plus admettre que, comme en 1934, toutes les compétences régionales soient transférées à l'Etat central.

<sup>1</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 79.

<sup>2</sup> HESSE K., "Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung", in Archiv für Öffentliches Recht, 1973, pp. 12-52; GREWE-LEYMARIE C., "Bilan et perspectives du fédéralisme", in Pouvoirs, 1982, n° 22, pp. 29 sq.; FROMONT M., "L'évolution du fédéralisme allemand depuis 1949", in Mélanges G. Burdeau, 1977, pp. 661-679.

<sup>3</sup> HESSE K., op. cit., pp. 12 sq.; CURTIUS C.F., op. cit., p. 80; MÜLLER K., Einführung in das Grundgesetz, Köln-Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1975, p. 131 : "Garantiert es danach nur die Mitwirkung dem Grundsatz nach. Intensität, Ausmass und Modalitäten dieser Mitwirkung können dagegen durch Verfassungsänderndes Gesetz geändert werden (z.B. durch Ausweitung der Bundeszuständigkeit, ...)".

Le terme de "Gesetzgebung", législation à l'élaboration de laquelle le Land est appelé à participer (Mitwirkung) comprend tout à la fois des compétences régionales et fédérales (Länder und Bundesgesetzgebung). Le principe même d'une participation des Länder à l'activité normative fédérale doit donc être maintenu lui aussi<sup>1</sup>.

On signalera enfin que la question de la structure fédérale de l'Etat allemand a donné lieu à de nombreuses propositions de révision qui se sont chaque fois heurtées aux objections de l'article 79<sup>2</sup>.

#### B. La deuxième moitié de l'article 79 paragraphe III

-----

La deuxième partie de l'article 79 paragraphe III renvoie à deux articles de la loi fondamentale : l'article 1 et l'article 20.

##### a) La protection des droits fondamentaux (article 1)

La référence à l'article 1 de la loi fondamentale a posé à la doctrine et à la jurisprudence un problème d'interprétation toujours d'actualité<sup>3</sup>. Le paragraphe 3 de cette disposition stipule en effet que les droits fondamentaux "ci-après énoncés" constituent des dispositions directement applicables.

<sup>1</sup> MAUNZ Th., Deutsches Staatsrecht, op. cit., p. 225.

<sup>2</sup> Voy. WEBER W., "Das Problem der Revision und der Totalrevision des G.G.", in Festgabe für Th. Maunz, München, Becks, 1971, pp. 451 sq.

<sup>3</sup> Voy. par ex. à propos d'une modification de l'article 10 paragraphe II (liberté de correspondance), l'article de DÜRIG G., op.cit..

Fallaient-il, dès lors, en déduire que l'intangibilité de l'article 1, garantie par l'article 79 paragraphe III, s'étende aux articles 2 à 19 de la loi fondamentale qui énoncent précisément les droits fondamentaux ?

L'argument est soutenu par une partie de la doctrine<sup>1</sup> et a été invoqué devant la juridiction de Karlsruhe pour mettre en cause la validité de certaines modifications de la loi fondamentale<sup>2</sup>. Dans un arrêt rendu en 1970, celle-ci estime que l'article 79 paragraphe 3 protège seulement l'ordre constitutionnel dans sa substance, c'est-à-dire contre l'instauration d'un régime totalitaire par la voie légale. Ainsi, interdit-il seulement que ne soit détruit le "principe" même du respect des droits de l'homme, sans empêcher pour autant des modifications ponctuelles de chacune des dispositions contenues dans les articles 2 à 19<sup>3</sup>.

L'opinion de la Cour, qui constitue un véritable renversement de sa jurisprudence antérieure, a suscité, on s'en doute, de vives réactions. Certains l'approuvent<sup>4</sup>. D'autres, en revanche, la critiquent sévèrement, craignant un retour dangereux à la pratique qui, sous la République de Weimar, avalisa tous les changements constitutionnels, dès lors qu'une circonstance particulière était invoquée<sup>5</sup>.

Certains auteurs, enfin, tentent de donner une solution plus nuancée. M. Wolfgang Zeidler estime que ceux qui défendent la "réaction en chaîne" ne font pas suffisamment la distinction entre le législateur ordinaire et le constituant dérivé.

<sup>1</sup> WERNICKE, Bonner Kommentar, Art. 1 Eu II 5b; MAUNZ Th. und ZIPPELIUS R., Deutsches Staatsrecht, München-Berlin, Becks, 1982 (24), p. 40.

<sup>2</sup> B.Verf.GE., 15 décembre 1970, Bd. 30, pp. 24 sq.

<sup>3</sup> Arrêt cité, p. 26.

<sup>4</sup> MULLER K., op. cit., 2ème partie, chapitre 1, paragraphe 2.

<sup>5</sup> MAUNZ Th. und ZIPPELIUS R., op. cit., ibid.



Le législateur ordinaire ne pourrait certainement pas modifier les articles 2 à 19 de la loi fondamentale : il est soumis à l'ensemble du texte constitutionnel.

En revanche, le titulaire du pouvoir de révision est soumis aux seuls impératifs énoncés à l'article 79, et in specie à l'article 79 paragraphe 3. Libre à lui donc de modifier toutes les autres dispositions<sup>1</sup>.

L'article 79 paragraphe III protège ainsi le principe même de la reconnaissance des droits de l'homme dans l'énoncé général qu'en donne l'article 1 paragraphe 1; le principe de l'existence de droits sacrés et inviolables affirmé dans l'article 1 paragraphe 2 (mais non énumérés) et enfin celui du respect par les trois pouvoirs de l'Etat des droits individuels<sup>2</sup>.

#### b) Le caractère républicain de l'Etat fédéral

Tous les commentateurs s'accordent pour entendre dans le terme de "républicain" le refus d'un retour à la Monarchie<sup>3</sup>. Certes, la république n'exclut pas que s'instaure une dictature : elle n'est pas synonyme de "démocratie". Tel est le sens d'ailleurs du deuxième attribut que la Fédération se doit de sauvegarder : la démocratie.

---

<sup>1</sup> ZEIDLER W., op. cit., pp. 598 sq.

<sup>2</sup> ZEIDLER W., op. cit., p. 600.

<sup>3</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 82; MAUNZ Th. et DÜRIG G., op. cit., n° 45.

### c) Le caractère démocratique de l'Etat fédéral<sup>1</sup>

Les auteurs estiment que c'est un des principes fondamentaux du nouvel Etat allemand. Il signifie que c'est du peuple (s'exprimant par la voie d'une majorité) qu'émane tout pouvoir. Le respect de la règle de la majorité par les minorités politiques s'accompagne cependant de la reconnaissance à celles-ci d'un ensemble de chances qui, un jour, leur permettront d'accéder à la majorité.

La volonté populaire doit s'exprimer dans les votes périodiques selon les lois de la démocratie indirecte, c'est-à-dire représentative. Des élections doivent être générales, libres et régulières; mais ces conditions étant réunies, les modalités peuvent varier<sup>2</sup>.

### d) Le caractère social de l'Etat fédéral

La définition du concept d'Etat "social" pose des difficultés. Le constituant n'en a pas donné des contours très précis<sup>3</sup>. La doctrine est d'ailleurs prudente.

Unanimement cependant, elle estime que "social" n'est pas "socialisme"<sup>4</sup>. Le terme "social" signifie que l'Etat s'oblige vis-à-vis de l'ensemble de la population à lui procurer les meilleures conditions de vie humaine possibles<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> MURSWIEK D., op. cit., pp. 192 sq.

<sup>2</sup> MAUNZ Th. et DÜRIG G., op. cit., n° 47.

<sup>3</sup> GREWE W., "Der Begriff des "sozialen Staates" in der deutschen Verfassungsentwicklung", in Der Arbeitgeber, 1951, pp. 39 sq.

<sup>4</sup> VON MANGOLDT, Kommentar, op. cit., p. 134; WERNICKE, op. cit., Article 20.

<sup>5</sup> CURTIUS C.F., op. cit., pp. 84-85; MAUNZ Th. et DÜRIG G., op. cit., n° 49.

### e) L'Etat de droit (Rechtsstaat)

Un dernier principe est inscrit dans l'Article 20 qui doit être préservé de toute modification : celui de l'Etat de droit (Rechtsstaat).

Le concept de Rechtsstaat est évoqué d'ailleurs dans la loi fondamentale, aux articles 19 paragraphe 4 et 28 paragraphe 1.

Beaucoup d'auteurs<sup>1</sup> estiment que le respect de ce principe va de soi : il implique une soumission de tous les pouvoirs au droit dans son aspect matériel comme dans son aspect formel. MM. Maunz et Dürig donnent quelques explications<sup>2</sup> :

Etat de droit signifie :

- 1) le maintien de la séparation des pouvoirs et ce, "perpétuellement". On ne saurait ainsi imaginer que le pouvoir constituant délègue ses compétences à l'exécutif,
- 2) ni que les fonctions judiciaires soient attribuées aux organes administratifs,
- 3) ou encore une confiscation des pouvoirs, dans les mains d'un seul : comme au temps de Weimar par exemple, la confiscation des pouvoirs par le président du Reich dont a bénéficié plus tard le chancelier Hitler.

---

<sup>1</sup> MÜLLER K., op. cit., pp. 9 sq.; BLECKMANN A., "L'Etat de droit dans la constitution de la R.F.A.", in Pouvoirs, 1982, n° 2, pp. 5-28.

<sup>2</sup> MAUNZ Th. et DÜRIG G., op. cit., n° 48.

# f) Le problème de l'intangibilité de l'article 79

La question de l'intangibilité de l'article 79 sort, en toute rigueur, du cadre de ce chapitre. L'article 79 paragraphe III n'a pas prévu, en effet, expressément semblable interdiction. Pourtant, la doctrine allemande lui voue un intérêt très particulier, estimant généralement que si l'article 79 paragraphe III n'est pas lui-même préservé d'une révision de la loi fondamentale, son efficacité en est extrêmement réduite<sup>1</sup>.

La question a fait l'objet d'études théoriques dont nous ne pouvons rendre compte ici<sup>2</sup>. La plupart d'entre elles (sauf celle de Hans Haug) prolongeaient les thèses positivistes que nous avons évoquées plus haut et rejetaient donc, a fortiori, toute autorité aux dispositions instituant des limites absolues<sup>3</sup>.

La doctrine d'aujourd'hui, plus pragmatique, estime qu'une telle condamnation manque de réalisme et même de pertinence juridique. Détournant quelque peu l'argument "normologique" de l'école positiviste elle-même, elle estime qu'en vertu de celui-ci les dispositions instituant des limites expresses bénéficie, en dépit de

<sup>1</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 88.; LAUX J., op. cit., p. 110.

<sup>2</sup> HAUG H., Die Schranken der Verfassungsrevision, Zürich, Schulthess and Co, 1947, pp. 169 sq.; MENZEL Th., Festschrift für Giese, 1953, pp. 189 sq.; DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, op. cit., 1911, II, pp. 529 sq.; JELLINEK W., Grenzen ..., op. cit., pp. 12 sq.

<sup>3</sup> GIACOMETTI Z., Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich, 1941, pp. 449 sq. Dans une perspective différente : NEF H., "Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision", in R.D.S., 1942, vol. 61, pp. 133 sq.

l'absence d'une stipulation expresse, d'une même garantie d'intangibilité<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MAUNZ Th., Festschrift für Laforêt, 1952, p. 145; PETERS H., Festschrift für Laux, 1953, p. 253; MEYER-ARNDT L., "Rechtsfragen der Gg.änderung", in Archiv für öffentliches Recht, 1957, Bd. 82, p. 287.

M. Murswiek estime que l'intangibilité de l'article 79 paragraphe 3 s'explique uniquement par la distinction qu'il faut opérer entre le pouvoir constituant originaire - lequel ne saurait, selon la loi fondamentale de 1949, être l'adressataire de l'article 79 - et le pouvoir de révision qui, s'il ne respectait pas l'article qui institue des limites à l'exercice de ses compétences, adopterait une attitude révolutionnaire (op. cit., pp. 249 sq.)

## TITRE II. LES LIMITES MATERIELLES DEDUITES D'UNE INTERPRETATION DOCTRINALE

### INTRODUCTION. LES LIMITES TACITES AUTONOMES ET LES LIMITES HETERONOMES : NOTIONS ET PROBLEMATIQUE

L'étude à laquelle on s'est adonné dans le titre premier concerne les textes constitutionnels qui insèrent des clauses irréformables lors d'une révision constitutionnelle.

Dans son prolongement, il faut examiner la doctrine qui s'est édifiée autour de la possibilité de limites matérielles qui ne figureraient pas expressément dans la loi fondamentale de l'Etat. On trouve, en effet, des constructions théoriques d'abord parmi les constitutionnalistes de certains Etats ignorant des restrictions constitutionnelles. Ils recourent à diverses techniques d'interprétation des textes pour en dégager néanmoins des limitations lorsque doit s'exercer la fonction constituante, et spécialement de révision.

Le débat s'est ensuite élargi pour s'ouvrir à une discussion qui se focalise autour du thème classiquement intitulé des limites implicites<sup>1</sup>. La thèse soumise à la réflexion pourrait être ainsi formulée : l'intangibilité des normes constitutionnelles

<sup>1</sup> BISCARETTI di RUFFIA P., op. cit., pp. 223 sq.; BARILE P., op. cit., pp. 46 sq.; BURDEAU G., Traité de science politique, op. cit., n° 110 sq.; HAUG H., Die Schranken der Verfassungsrevision, Zürich, Schulthess and Co, 1947, pp. 146-243; GIACOMETTI L., Staatsrecht, op. cit., p. 32; SIEGENTHALER P., Die materialen Schranken des Verfassungsrevision, Bern, Stämpfli, 1970, pp. 166-185.

découle soit d'une règle constitutionnelle *essentielle*, soit encore du sens global du texte, c'est-à-dire d'une sorte d'impératif implicitement inscrit dans une règle constitutionnelle ou se dégageant de l'esprit de la loi fondamentale (certains auteurs parlent alors de limites immanentes). Le postulat commun à l'ensemble de ces théories est qu'il faut distinguer la constitution au sens formel du terme de la constitution au sens matériel. La nécessité pour toute société politique de se doter d'une organisation propre et de règles spécifiques qui assurent la réalisation du bien commun : tel est l'objet de la constitution au sens matériel.

La forme dans laquelle ces principes sont traduits n'importe pas ici : constitution souple ou rigide, constitution coutumière ou texte codifié, la force vitale d'un Etat dépend d'un ensemble de règles fondamentales dont aucun ne peut faire l'économie. De telles règles traduisent les particularités ethniques, culturelles ou économiques de la communauté politique qu'elles ordonnent. Certaines sont dotées d'une force contraignante particulière parce que, plus que les autres, elles assurent la cohésion de la société.

Les partisans de la théorie des limites implicites considèrent précisément que ces dispositions doivent être l'objet d'une garantie spéciale - leur immutabilité - même si aucun texte n'a explicitement prévu cette protection. On contestera<sup>1</sup> la terminologie utilisée par cette théorie qui, qualifiant d'implicites ou d'immanentes<sup>2</sup> ces limites non expressément inscrites dans la constitution, trompe sur la nature véritable telles contraintes.

<sup>1</sup> Infra pp. 122 sq.

<sup>2</sup> JELLINEK W., Verfassungsgesetzgebung, op. cit., pp. 4 sq.; NEF H., "Materielle Schranken der Verfassungsrevision", in Revue de droit suisse, 1942, vol. 61, p. 117

Il faudra en effet, dénoncer l'illusion qui consiste à croire que la limite implicite ou immanente a un fondement -tacite - dans la constitution elle-même. On montrera comment, en réalité, la limite invoquée est le résultat d'une construction doctrinale<sup>1</sup>. Aussi, préfère-t-on qualifier d'autonomes l'ensemble des limites - expresses ou tacites - afin d'insister d'abord d'une construction doctrinale<sup>2</sup>. Aussi, préfère-t-on qualifier d'autonomes l'ensemble des limites - expresses ou tacites - afin d'insister davantage sur leur origine : le droit de l'Etat, entendu cependant dans toutes ses manifestations (législation, jurisprudence et doctrine).

La terminologie préconisée a le mérite d'harmoniser les qualifications en marquant mieux le contraste avec une seconde variété de limitations - celles que l'on dit hétéronomes. A l'insrminologie préconisée a le mérite d'harmoniser les qualifications en marquant mieux le contraste avec une seconde variété de limitations - celles que l'on dit hétéronomes. A l'instar des limites autonomes tacites, elles ne figurent pas dans le texte constitutionnel. Leur originalité consiste en ceci qu'elles ne découlent pas de l'ordre juridique de l'Etat mais sont produites par un ordre normatif distinct. Tel serait le cas, par exemple, de certaines règles du droit international, général ou spécial<sup>3</sup>. On pourra encore considérer celui des Etats fédérés ou confédérés pour lesquels la constitution de l'Etat central est un ordre juridique hétérogène susceptible d'engendrer des contraintes pour les constituants des différents Etats membres<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Infra, pp. 122 sq.

<sup>2</sup> Infra, pp. 122 sq.

<sup>3</sup> HAUG H., op. cit., p. 178.

<sup>4</sup> Voy. le principe allégué en droit allemand ou helvétique : "Bundesrecht bricht Gliedstaatenrecht".



Il faut enfin mentionner parmi les limites hétéronomes celles qui relèvent d'un ordre normatif non juridique : l'ordre éthique<sup>1</sup> ou le droit naturel<sup>2</sup>.

On consacre le titre deux de cette première partie à compléter l'examen entrepris des limites susceptibles d'inhiber un constituant dans son activité, par l'étude de celles qui ne sont pas consacrées par une disposition constitutionnelle expresse.

Un premier chapitre traite des limites autonomes que certains auteurs prétendent dégager du texte ou de l'esprit de la constitution, sans qu'aucune reconnaissance expresse ne les accrédite cependant.

Le deuxième chapitre expose la thèse des auteurs qui reconnaissent une portée particulière dans l'ordre constitutionnel interne à des règles relevant d'un ordre normatif hétéronome mais auquel la juridicité fait défaut.

On envisage successivement le statut des déclarations de droit et des préambules (section 1), celui des règles du droit naturel (section 2), celui enfin des règles de l'éthique (section 3).

Le troisième chapitre rassemble enfin l'étude des règles juridiques hétéronomes auxquelles un effet limitatif sur les prérogatives du constituant interne pourrait être attribué.

A cette occasion, on évoque l'hypothèse de la délégation du contrôle de la fonction constituante par un Etat tiers (section 1), on apprécie ensuite celle de la soumission de la fonction constituante d'un Etat membre à la constitution d'un Etat

---

<sup>1</sup> HAUG H., op. cit., pp. 203 sq.

<sup>2</sup> VON HIPPEL E., Allgemeine Staatslehre, Berlin-Frankfurt a/M., Vahlen, 1963, pp. 1 sq.

fédéral (section 2), avant d'approfondir les nombreuses formes de subordination de l'ordre constitutionnel étatique à l'ordre juridique international (section 3).

## CHAPITRE 1. LES LIMITES TACITES AUTONOMES

### **SECTION 1. L'illustration dans le droit public de deux Etats ignorant la pratique des limites matérielles expresses**

La plupart des Etats autorisent soit la révision partielle, soit même la révision totale de leur texte fondamental sans prescrire aucune restriction quant à l'objet de celles-ci. Certains constitutionnalistes se sont demandé si, en dépit de cette latitude, toutes les dispositions étaient réellement révisables, et d'élaborer une théorie dite des limites implicites ou des limites immanentes, selon laquelle le silence des textes constitutionnels n'empêcherait pas d'y déceler des contraintes absolues limitant les attributions du titulaire du pouvoir constituant. Il fallait faire un choix et illustrer cette théorie par quelques exemples seulement. On a opté pour la doctrine helvétique d'abord qui s'est penchée avec beaucoup de soin sur cette problématique et donne ainsi de la théorie une expression à la fois nuancée et diverse. On a choisi ensuite le droit public belge, moins pour l'originalité d'une théorie peu abondante sur ce point particulier, qu'en raison du lien scientifique de l'auteur de ce travail avec cet Etat.

## § 1. Le droit public helvétique

La constitution suisse du 29 mai 1874 ne stipule aucune limite matérielle expresse au pouvoir de réviser la constitution, laquelle peut être modifiée totalement ou partiellement en tout temps (article 118 Const.)<sup>1</sup>. En outre, le peuple possède la faculté de provoquer la révision de la constitution (initiative populaire, article 121 Const.) sans restriction quant à l'objet.

La latitude des textes ne fait pas l'unanimité des interprétations doctrinales. Plusieurs affirment, en effet, que la liberté du constituant ne saurait être totale.

Un premier argument tiendrait à l'existence des limites implicites "inférieures"<sup>2</sup>. Selon Hans Nef, les dispositions individuelles et concrètes ne sauraient faire l'objet d'une norme constitutionnelle sous peine de modifier son essence. La règle constitutionnelle doit être générale et abstraite. On s'opposerait à la nature même de la constitution en y introduisant une règle à portée individuelle. Cette limite est inhérente à la nature formelle de la constitution<sup>3</sup>. En revanche, cet auteur refuse de définir des "matières constitutionnelles" : selon lui, la constitution ne donne aucune définition de ce qui peut faire ou non l'objet d'une disposition fondamentale : pour autant qu'elles soient formulées de manière générale et abstraite, toutes les matières intéressent la règle constitutionnelle.

---

<sup>1</sup> FAVRE A., Droit constitutionnel suisse, Fribourg, Editions universitaires, 1970, pp. 410 sq.; BRIDEL M., Précis de droit constitutionnel et public suisse, Lausanne, Payot, 1965, I, pp. 70 sq.; DARBELLAY J., "L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle", in Revue du droit public, 1963, pp. 714 sq.

<sup>2</sup> NEF H., op. cit., p. 112.

<sup>3</sup> NEF H., op. cit., ibid.

En 1955, le Conseil fédéral exprima une opinion plus radicale encore : "Il n'est pas de disposition disant ce qui peut ou ne peut pas faire l'objet d'un texte constitutionnel. La Constitution n'a fixé ni expressément ni tacitement de limites matérielles à sa révision. Il est faux de soutenir que seule une disposition formulée d'une manière générale et abstraite puisse y trouver place. Il n'est pas impossible logiquement de régler un cas particulier dans la constitution. Seuls le peuple et les cantons ont qualité pour décider ce qui peut ou ne peut pas y être inséré"<sup>1</sup>. Et encore : "Si une restriction matérielle a été voulue, c'est celle qui consiste à prévoir qu'aucune règle ne pourra jamais empêcher de réviser librement la Constitution"<sup>2</sup>. L'avis ainsi formulé du Conseil fédéral fut loin de recueillir l'approbation générale<sup>3</sup>.

Le droit suisse compte d'éminents publicistes qui, depuis longtemps, soutiennent que des normes intangibles, véritables limites matérielles, se dégagent du sens général (Sinnzusammenhang) de l'ordre constitutionnel positif. L'existence même de l'Etat et le principe de sa souveraineté d'abord forment la pierre angulaire de la vie politique que le pouvoir de révision ne saurait contester sans désintégrer simultanément sa propre autorité<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Feuille fédérale, 1955, vol. II, pp. 347-348.

<sup>2</sup> Feuille fédérale, 1955, vol. II, pp. 718-719.

<sup>3</sup> Dans le même sens : AUBERT J.F., Traité de droit constitutionnel suisse, Paris, L.G.D.J., 1967, t. I, pp. 130-131; SIEGENTHALER P., op. cit., II<sup>e</sup> Chapitre; BRIDEL M. et MOOR P., "Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles", in R.D.S., 1968, vol. 87, pp. 413-415. Dans le sens contraire : FAVRE A., op. cit., p. 414; DUPRAZ L., "De l'initiative en révision de la Constitution dans les Etats suisses", in Revue de droit suisse, 1956, II, p. 469.

<sup>4</sup> GIACOMETTI L., Bundesstaatsrecht, op. cit., pp. 706-707 et note 23; DUPRAZ L., op. cit., p. 386 a.

Cette doctrine érige cependant en un principe imprescriptible le pouvoir détenu par le peuple de procéder à une révision constitutionnelle<sup>1</sup>. Toute tentative contraire émanant d'une quelconque autorité compétente pour modifier la constitution serait absurde car, en se substituant au souverain, elle perdrait son titre d'existence et de validité. Considérant que les règles qui concernent l'identification du pouvoir de révision sont intangibles, Giacometti<sup>2</sup> et Nawiasky<sup>3</sup> ont estimé que la répartition des attributions entre les diverses autorités politiques participait de cette même nécessité : l'existence des cantons et la structure fédérale de l'Etat sont définitivement inscrites dans la structure constitutionnelle suisse.

Hans Nef<sup>4</sup> et W. Kägi<sup>5</sup> concluent aussi à l'intangibilité de l'organisation fédérale mais, cette fois, pour une raison déduite du contenu [estimé par eux essentiel] du texte fondamental.

De l'inaltérabilité des pouvoirs, Giacometti fait encore découler celle des libertés fondamentales<sup>6</sup>, tandis que, selon Nef et Kägi, les droits de l'homme et l'égalité devant la loi sont des règles qui trouvent en elles la source de leur immutabilité<sup>7</sup>. Kägi reconnaît encore la réalité des limites matérielles qui tiennent plutôt à la nature même d'une constitution en général qu'à celle, plus particulière, de la confédération helvétique :

<sup>1</sup> GIACOMETTI L., op. cit., p. 706; KÄGI W., Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partial Revision, in Revue de droit suisse, 1956, p. 841a; NAWIASKY H., Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, St. Gallen, 1937, p. 40; NEF H., op. cit., pp. 129, 135-136, 140.

<sup>2</sup> GIACOMETTI L., op. cit., p. 706.

<sup>3</sup> NAWIASKY H., op. cit., pp. 40-41.

<sup>4</sup> NEF H., op. cit., p. 145.

<sup>5</sup> KÄGI W., op. cit., p. 839a.

<sup>6</sup> GIACOMETTI L., op. cit., p. 706.

<sup>7</sup> KÄGI W., op. cit., p. 830 sq.; NEF H., op. cit., pp. 140, 142-145.

ainsi, défend-il la doctrine du "contenu constitutionnel impossible" (unmöglicher Verfassungsinhalt)<sup>1</sup> ou du "contenu essentiellement anticonstitutionnel" (nichtverfassungswesentlicher Inhalt)<sup>2</sup>.

A cerner de plus près l'argumentation de Nef et de Kägi, on s'aperçoit qu'ils ne déduisent pas d'une interprétation des principes de droit matériel inscrits dans la constitution l'immutabilité implicite de certaines règles fondamentales puisqu'en réalité elles tirent, de l'aveu même de ces auteurs, cette autorité particulière de leur valeur intrinsèque. Autrement dit, cette valeur n'est pas appréciée en vertu de critères juridiques mais dépend d'un certain nombre de jugements politiques ou moraux tout à fait étrangers à la positivité constitutionnelle.

De même, lorsque Giacometti rattache à l'origine et à la nature même du pouvoir de révision les principes constitutionnels intangibles, il utilise, en réalité, un argument normologique semblable à celui dont usait Kelsen pour tenter d'ancrer la positivité juridique de la règle de droit. Il faut, par conséquent, réfuter les assertions de la doctrine selon lesquelles les normes constitutionnelles implicitement immuables prolongeraient un ordre juridique positif précis, et en l'espèce, la constitution du 29 mai 1874. Si l'on admet la thèse défendue par certains constitutionnalistes suisses<sup>3</sup> de l'existence de limites constitutionnelles immanentes, on doit d'emblée contester la pertinence de l'argument présenté par eux comme essentiel. Celui-ci est tiré de la configuration et de la signification globale de la constitution et découlerait, selon eux, des principes d'une interprétation

<sup>1</sup> KÄGI W., op. cit., pp. 842a-844a.

<sup>2</sup> KÄGI W., op. cit., p. 847a.

<sup>3</sup> Voy. encore DUPRAZ L., op. cit., pp. 383-392a; FAVRE A., op. cit., pp. 412 sq.

fondée sur des considérations de droit positif. Or, pour justifier l'inaltérabilité de certaines matières constitutionnelles (structure fédérale, droits de l'homme, libertés fondamentales), ces auteurs recourent, en réalité, à des postulats éthiques ou politiques. Telle qu'ils nous la présentent, l'inaltérabilité implicite d'une norme constitutionnelle ne saurait être prescrite par le contenu du droit (fût-il supérieur au droit étatique). Au contraire, la seule légitimation possible, ou au moins effectivement donnée de cette imprescriptibilité, résiderait dans des valeurs étrangères au droit positif.

## § 2. Le droit public belge

Il fut montré au titre I qu'aucune disposition de la constitution belge n'était frappée d'une inaltérabilité expresse : l'article 131 de la constitution de 1831 est rédigé en termes généraux. Aussi, la doctrine belge sur la problématique des limites implicites est-elle quasi inexistante.

M. Delperée y fait allusion récemment, pourtant, lorsqu'il affirme avec autorité que la proposition contenue dans l'article 131, selon laquelle toute disposition constitutionnelle peut être révisée, "bat en brèche la doctrine des "limites implicites", celles qu'il conviendrait d'apporter, au nom de l'esprit de la constitution, à toute tentative de révision de certaines dispositions: le régime parlementaire, l'institution monarchique, l'indépendance des tribunaux", poursuit-il, "peuvent par la voie constitutionnelle, être remis en cause sans que des objections  juridi-

ques puissent être adressées à ces initiatives"<sup>1</sup>. La formule est concise et l'argumentation brève. L'intention de l'auteur paraît évidente pourtant : refuser une validité juridique quel-conque à une limite fondée sur quelque règle de droit positif. Peut-être envisage-t-il que des objections non juridiques (éthiques, sociales, politiques) puissent contredire la doctrine ainsi énoncée : celles-ci ne devraient pas, cependant, énerver une argumentation développée entièrement sur le terrain du droit positif.

Bien qu'il ne l'évoque pas, M. Delperée ne saurait souscrire à la thèse opposée que le professeur Wigny présente dans ses écrits<sup>2</sup>.

Beaucoup moins étayée sur le plan théorique que celle des auteurs suisses, elle a, dans sa simplicité, le mérite de laisser clairement transparaître les présupposés non juridiques des justifications qui la fondent.

"La Constitution est plus qu'une technique du pouvoir. Elle implique une conception de l'Etat et plus spécialement des relations qui doivent exister entre les individus. Nous avons opté pour la démocratie (...)" "Il paraît juste que même en respectant toutes les procédures de l'article 131, on ne peut<sup>3</sup> supprimer la souveraineté nationale, les libertés individuelles, les élections libres et périodiques. Ce serait là des

---

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 50, p. 94. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> WIGNY P., Droit constitutionnel, op. cit., n° 114 sq.;  
WIGNY P., Propos constitutionnels, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 25.

<sup>3</sup> L'usage quelque peu surprenant de l'indicatif présent est révélateur.



abandons révolutionnaires qui ne sont pas impossibles mais qui devraient trouver ailleurs que dans l'article 131 leur légitimité ultérieure"<sup>1</sup>. Cette assimilation de la révolution au non-droit, le même auteur la reformule ailleurs : la constitution "a été inspirée par une philosophie politique dont on ne peut la séparer. La procédure de la révision ne peut aboutir à un bouleversement de l'Etat (...)" . "Il faut rien moins qu'une révolution pour abandonner les principes fondamentaux d'un régime et transformer une société. Pour ce faire, on ne peut se contenter d'invoquer les règles ordinaires de la révision constitutionnelle (...)" . "Cette conception d'une vérité supra-constitutionnelle est précieuse car elle dénie, à l'avance, toute valeur juridique à des manoeuvres qui aboutiraient, en respectant les apparences légales, à vider le régime de sa substance démocratique. (...)"<sup>2</sup>. Cet extrait, pourrait-on objecter, ne démontre nullement que M. Wigny reconnaisse l'existence de principes constitutionnels implicitement intangibles en raison de la charte fondamentale.

Il est vrai qu'en invoquant l'indépendance de la Belgique comme "une première réalité supra-constitutionnelle"<sup>3</sup>, l'auteur semble trouver dans un principe de philosophie politique la source d'une obligation juridique. On ne pourrait, dès lors, le soupçonner de succomber dans l'erreur logique dénoncée plus haut chez certains auteurs suisses. La remarque emporterait l'adhésion si, un peu plus loin, on ne lisait pas ceci : "Même dans la Constitution, il y a des principes intangibles parce qu'ils constituent l'essence même du régime politique. Quelle est cette essence ? C'est la démocratie. Celle-ci est d'abord individuelle et comporte le principe des libertés. Chacune des dispositions du titre II est susceptible d'amendement. Mais

<sup>1</sup> WIGNY P., Propos constitutionnels, op. cit., p. 25.

<sup>2</sup> WIGNY P., Droit constitutionnel, op. cit., n° 114.

<sup>3</sup> WIGNY P., Droit constitutionnel, op. cit., n° 115.

l'esprit doit être conservé. Il procède d'une philosophie politique. (...)" "La deuxième règle qui ne puisse pas être soumise à révision est la démocratie politique. (...)". "On ne peut modifier les modalités de cette intervention. Le principe d'élections libres et périodiques doit en tout cas être maintenu; peut-être peut-on considérer comme aussi importante la règle de la responsabilité politique du Cabinet devant les Chambres, car elle fait sentir la volonté nationale jusque dans l'action même du gouvernement"<sup>1</sup>. Les arguments de M. Wigny résistent mal à l'analyse. Trouverait-on dans la constitution belge des principes intangibles?

En aucun cas, ceux que relève l'auteur n'y figurent expressément. Seraient-ils, dès lors, immanents ? Sans doute, parce qu'ils déterminent l'essence même du régime politique (c'est-à-dire la démocratie). Le caractère démocratique cependant du régime politique choisi par le constituant de 1831 n'est nulle part reconnu officiellement dans le texte constitutionnel<sup>2</sup>.

S'il est indéniable que l'esprit démocratique anime la constitution belge, on ne peut, en toute rigueur, trouver une authentification littérale de celui-ci dans le droit constitutionnel positif.

On montre ainsi que la thèse soutenue par M. Wigny de l'existence de limites autonomes tacites dans le droit constitutionnel belge repose sur un raisonnement incorrect : l'argumentation qu'il développe ne trouve aucun appui direct sur les textes du droit positif.

<sup>1</sup> WIGNY P., Droit constitutionnel, op. cit., n° 115, p. 217.

<sup>2</sup> Voy. au contraire l'article 1 de la constitution italienne de 1947 et par exemple l'article 20 de la loi fondamentale allemande de 1949.

En réalité, elle est tributaire de deux opérations laissées à la seule initiative de l'auteur. La première opération consiste dans l'interprétation du texte constitutionnel : M. Wigny déduit des textes qu'un esprit démocratique anime la constitution belge.

La seconde opération est la reconnaissance au caractère démocratique d'un statut particulier : celui de le considérer inhérent à l'ordre constitutionnel belge au point de l'instituer comme une limite implicite à l'exercice du pouvoir constituant.

Ce n'est pas le droit positif qui est la source directe de la limite mais l'interprétation qu'en donne l'auteur et l'appréciation personnelle qu'il fait de celle-ci.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre la critique entreprise contre l'argumentation de M. Wigny. On ne peut admettre avec lui qu'elle est justifiée par une analyse positive puisqu'elle dépend d'un jugement de valeur personnel à l'auteur, sur les principes de droit protégés par le système constitutionnel belge. On voit la difficulté de soutenir la validité de pareil raisonnement. Il n'est pas incongru d'imaginer qu'un juriste prétende un jour que le caractère unitaire de l'Etat belge, inscrit dans la constitution de 1831, est essentiel à sa structure et l'érige, dès lors, en limite autonome tacite, contestant ainsi la validité de toute modification de la constitution allant dans le sens de la fédéralisation de l'Etat. Le débat qui s'engage ainsi quitte le terrain du droit positif et l'appui qu'il prétend y trouver occulte les motivations véritables qui, on le voit, sont métajuridiques.

### § 3. Synthèse

L'examen de l'hypothèse de l'existence de limites implicites ou immanentes à un ordre juridique ignorant le principe des limites matérielles expresses au pouvoir de réviser leur constitution laisse perplexe. Arrivés au terme de cette prospection, on doit admettre qu'aucune démonstration proposée n'a pu convaincre de son bien-fondé.

Une première difficulté tient à la confusion terminologique dans laquelle l'hypothèse est élaborée. Les termes d'implicite et d'immanent sont-ils équivalents ? Les auteurs ne paraissent pas devoir distinguer les limites qui découleraient du texte constitutionnel lui-même, mais seraient non écrites (que l'on qualifierait d'implicites), de celles qui se dégageraient plutôt de l'esprit de la constitution (que l'on qualifierait d'immanentes).

Cette imprécision serait relativement indifférente si elle ne trahissait une seconde difficulté qui énerve plus radicalement l'hypothèse. Quand la doctrine propose de défendre, en effet, la réalité des limites internes, elle se réfère toujours à des critères extérieurs à l'ordre constitutionnel positif pour déterminer le choix des dispositions jugées immuables. Elle rejette ainsi ailleurs des justifications prétendument basées sur le droit positif. Non seulement les limites ne sont pas implicites, mais elles ne sont pas davantage immanentes puisque le texte constitutionnel, dans sa lettre comme dans son esprit, disparaît pour laisser place à des considérations métajuridiques.

On s'achemine ainsi vers la critique de l'hypothèse selon laquelle il existerait des limites autonomes implicites ou immanentes au texte constitutionnel, parce qu'elle fait appel à une démonstration logiquement incorrecte. Les éléments de la critique esquissés ici se fondent sur une analyse interne des justifications qui sont proposées.

On a indiqué que leur enracinement positif était illusoire et que le raisonnement se basait d'abord sur une appréciation subjective des valeurs protégées par l'ordre juridique que l'on étudie.

On développera, dans la deuxième partie de cette recherche, les éléments de la critique externe qui, à leur tour, doivent conduire au rejet de la validité de l'existence de limites autonomes tacites.

## **SECTION 2. L'ILLUSTRATION DANS LE DROIT PUBLIC DE DEUX ETATS RECOURANT A LA TECHNIQUE DES LIMITES MATERIELLES EXPRESSES**

La doctrine des limites autonomes tacites a aussi ses adeptes parmi les constitutionnalistes relevant d'Etats dont l'ordre constitutionnel contient cependant des limites matérielles expresses. Ainsi, aux dispositions particulièrement protégées par la constitution, certains auteurs en ajoutent-ils d'autres qui, selon eux, méritent le même statut d'intangibilité en raison de l'importance qu'elles revêtent pour l'équilibre de l'ordre juridique. On illustre cette théorie par les développements qu'elle suscite en droit public allemand et en droit italien ensuite. Ce choix s'impose à la fois par l'intérêt que lui accordent l'un et l'autre et par la diversité des opinions qu'on y découvre.

### Sous-section 1. Le droit public allemand

#### § 1. L'héritage de Carl Schmitt : la doctrine du noyau constitutionnel

La plupart des essais de droit public allemand et suisse se réfèrent, même si c'est pour la combattre, à la doctrine professée par Carl Schmitt, sous le troisième Reich, à propos de la constitution au sens matériel, et singulièrement de la notion de "noyau constitutionnel" (Verfassungskern). Sous un régime constitutionnel particulièrement ouvert aux révisions, le célèbre constitutionnaliste a ardemment défendu la thèse de l'existence d'un contenu spécifique, d'une matière qui serait par nature constitutionnelle. Celui-ci, affirme-t-il, ne peut, en aucun cas, être tributaire des règles constitutionnelles au sens formel de l'expression. Carl Schmitt distingue ainsi la constitution (Verfassung) d'un Etat comme manifestation politique de l'unité et de la cohérence d'une société<sup>1</sup>, de la règle constitutionnelle (Verfassungsgesetz), comme l'une des formulations possibles d'un dispositif général et abstrait.

La constitution (Verfassung) n'a pas besoin d'une norme positive pour se manifester; sa positivité, en effet, précède l'ordre juridique<sup>2</sup>. Raffinant encore son approche de la notion de constitution au sens matériel, Carl Schmitt croit pouvoir y isoler un "noyau" (Verfassungskern) dont le caractère essentiel

<sup>1</sup> SCHMITT C., Verfassungslehre, op. cit., p. 3.

<sup>2</sup> SCHMITT C., op. cit., p. 23.

pour la cohésion de la société politique implique l'intangibilité. Au noyau constitutionnel, poursuit Schmitt, appartient le choix du peuple allemand pour la république, la démocratie et le fédéralisme. Carl Schmitt qualifie encore ce noyau de "constitution au sens positif du terme" (Verfassung im positiven Sinn) que l'on doit, rappelons-le, nettement distinguer des règles constitutionnelles (Verfassungsgesetze), lesquelles seules sont susceptibles de modification au terme de la procédure spéciale prévue à cet effet.

L'auteur estime qu'on ne peut concevoir, en toute rigueur, de "révision de la constitution" (Verfassungsänderung) car la constitution est intangible. Seules les lois constitutionnelles sont susceptibles d'être révisées<sup>1</sup>.

On objectera que la doctrine de Carl Schmitt offre surtout un intérêt dans les pays où les constitutions écrites n'aménagent pas de limites matérielles expresses. C'était, bien sûr, le cas de la constitution de Weimar en vigueur à l'époque où l'auteur élaborait cette théorie<sup>2</sup>. Pourtant, Carl Schmitt prétendait dépasser les particularités constitutionnelles de l'Allemagne et énoncer une thèse valable pour tous les Etats de droit<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SCHMITT C., op. cit., p. 99.

<sup>2</sup> Supra, p. 93, note 2.

<sup>3</sup> Comp. NEF H., op. cit., pp. 129 sq.; HARTMANN P., "Kritik der Lehre Carl Schmitts über die Verfassungsänderung", in Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts; Bd. V II, 1932/1933, p. 258.

Contre l'idée de Carl Schmitt d'un noyau inchangeable :  
ANSCHÜTZ G., Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 1933, 14ème édition, Remarque 3 à l'article 76 WV.

La souveraineté appartient exclusivement au pouvoir constituant originaire tandis que le constituant dérivé est un organe institué, c'est-à-dire apte seulement à exercer les compétences que lui attribua le pouvoir originaire. Le titulaire de la souveraineté demeure à côté et au-dessus de tout pouvoir constitué et ne se laisse appréhender par aucune forme juridique puisque c'est lui la source et le fondement du droit<sup>1</sup>. La constitution, comprise comme une décision essentiellement politique, advient dans un acte du pouvoir constituant<sup>2</sup>.

Pareil acte revêtu d'une forme politique est, en revanche, dénué de tout contenu juridique. C'est pourtant lui qui engendrera la réglementation juridique de l'Etat. Lorsque l'article 76 de la constitution de Weimar stipule que la constitution (Verfassung) peut être modifiée selon les mêmes modalités que la loi, Carl Schmitt estime qu'il s'agit évidemment des règles constitutionnelles "secondaires" car le législateur ordinaire, investi également du pouvoir de révision, ne saurait aucunement toucher aux principes qui l'instituent. Une simple majorité des deux tiers ne pourrait, par exemple, transformer le Reich en une monarchie absolue ou en une république de soviets sans annihiler la volonté populaire qui a choisi la démocratie parlementaire élue au suffrage universel (noyau de la constitution). Cette perspective est critiquée par de nombreux auteurs et à des titres divers<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. le commentaire de HAUG H., op. cit., pp. 184 sq.

<sup>2</sup> Supra, chapitre liminaire.

<sup>3</sup> Voy. par ex. THOMA R., Kritik der Lehre Carl Schmitts, pp. 45 sq.; HAUG H., op. cit., pp. 186-189; STEINER U., op. cit., pp. 183-187.



Peu d'études de droit public de tradition germanique échappent cependant à la référence du constitutionnaliste très écouté sous le IIIe Reich. Il fallait l'évoquer avant d'aborder les auteurs contemporains. L'une des difficultés soulevées par la théorie de Schmitt reste l'identification des dispositions centrales ou no-*dales* d'une constitution, parmi d'autres estimées secondaires. Plusieurs publicistes allemands commentant l'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale se sont attelés à cette tâche afin, espéraient-ils, d'éclairer le débat.

## § 2. La détermination du noyau constitutionnel d'après le sens global de la constitution

M. Ehmke reconnaît qu'il existe des limites immanentes à une constitution (*Verfassungsimmanente Schranken*) qui ne doivent donc être authentifiées par aucun texte<sup>1</sup>. Il est vrai que l'article 79 paragraphe 3 du BGG institue dans le pacte fondamental de la république fédérale d'Allemagne des restrictions au pouvoir de le réviser. L'auteur ne déduit pas pour autant qu'il aurait une valeur constitutive en soi. A priori, on ne peut lui reconnaître qu'une force déclaratoire<sup>2</sup>. La signification globale (*Gesamtzusammenhang*) du texte constitutionnel permet seule de déterminer le contenu de limites véritablement constitutives pour lequel l'article 79 paragraphe 3 ne serait que pure paraphrase. Sous l'égide des partisans d'une conception matérielle de la constitution, Ehmke reconnaît essentiellement dans celle-ci l'instrument d'une rationalisation de la force ainsi que de la protection de la vie politique<sup>3</sup>. Cet objectif primordial définit et nourrit

<sup>1</sup> EHMKE H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, op. cit., p. 99.

<sup>2</sup> EHMKE H., *ibid.*, p. 99 et le commentaire de TOSCH E., op. cit., pp. 51 sq.

<sup>3</sup> EHMKE H., op. cit., p. 100.

le noyau constitutionnel, sorte de "buisson ardent" de l'organisation sociale. Ehmke enseigne que ce sont les articles 1 et 20 du B.G.G. qui traduisent dans le texte fondamental allemand ce matériau impérissable. Pour sa part, l'article 79 paragraphe 3 aurait valeur déclaratoire dans le membre du texte où il protège d'une révision les caractères libéral et démocratique de l'Etat. La nature véritable de l'interdiction découle de l'immanence de l'objet et n'est, en cela, nullement tributaire de sa reconnaissance expresse par l'article 79 paragraphe 3. La sauvegarde de l'ordre démocratique et libéral n'aurait pu dépendre du bon vouloir du constituant originaire puisqu'elle autorise au sens le plus fort du terme) le Constituant lui-même dans sa tâche. En revanche, rien n'empêchait le constituant d'ériger, s'ajoutant au noyau constitutionnel - immanent - des dispositions intangibles. Tel serait le cas, selon M. Ehmke, de l'article 79 paragraphe 3 dans la partie où il adopte comme définitive la forme fédérale de l'Etat ouest-allemand<sup>1</sup>. Celle-ci, faut-il le rappeler, accrédite l'existence de Länder et le principe de leur participation à la législation fédérale et fédérée<sup>2</sup>. Contrairement à l'in-tpu s'imposer au titulaire du pouvoir de révision<sup>3</sup>. Le fédéralisme, estime-t-il, n'appartient pas à l'essence de l'Etat allemand; de même, les institutions de type fédéral ne relèvent pas du domaine de la constitution matérielle : elles ne concernent ni la maîtrise ni la rationalisation du pouvoir et ne garantissent pas le libre exercice de la vie publique.

<sup>1</sup> EHMKE H., ibid., p. 100.

<sup>2</sup> Voy. supra pp. 101 sq.

<sup>3</sup> EHMKE H., op. cit., p. 100.

Les restrictions apportées au pouvoir constituant dérivé dans le secteur de l'organisation fédérale ne ressortissent pas au corps constitutionnel mais à une règle de droit positif particulière<sup>1</sup>. La théorie de Ehmke satisfait-elle aux critères définis au début de ce chapitre : existerait-il des limites découlant de règles constitutionnelles positives ? On peut en douter. Ehmke centre toute son argumentation sur le sens intrinsèque de la constitution qui est le point initial de toute réflexion sur les limites immanentes. Pourtant, c'est dans sa signification "matérielle" qu'il entend ici le terme de constitution; l'article 79 paragraphe 3 est a priori purement déclaratoire. A l'examiner de plus près, il paraît impossible de nier que le contenu de la constitution matérielle, tel qu'il est défini par l'auteur, est avant tout de nature juridique. Rationaliser et maîtriser les forces en présence dans une communauté, l'ériger en collectivité organisée et définir ses objectifs, déterminer les titulaires légitimes du pouvoir, préciser enfin le cadre de son exercice, ne sont-ce pas des tâches d'abord politiques avant de recevoir leur onction juridique ?

M. Ehmke a évité la confusion terminologique dénoncée précédemment à propos des doctrines suisse et belge<sup>2</sup> et a distingué les hypothèses de limites implicites de celles qui seraient immanentes. Cependant, l'examen attentif des prémisses de son raisonnement confirme les conclusions de la section précédente : l'auteur n'a pu démontrer qu'il existait des limites implicites inhérentes au droit positif. Elles relèvent d'un autre ordre que de l'ordre juridique concret et ce sont peut-être même elles qui sont à son origine.

<sup>1</sup> EHMKE H., *ibid.*, p. 100.

<sup>2</sup> *Supra*, pp. 122 sq.

### § 3. La hiérarchie interne des règles constitutionnelles

Enquêtant à leur tour sur la notion de constitution matérielle, les constitutionnalistes suisses, MM. Bridel et Moor, constatent que certaines règles constitutionnelles posent seulement les assises d'un édifice qui devra être achevé par d'autres matériaux. C'est ce qu'ils appellent les "essentialia" de la constitution<sup>1</sup>. Ainsi, le principe démocratique serait-il reconnu et servirait-il d'échafaudage aux diverses dispositions constitutionnelles précisant notamment la forme d'organisation politique de l'Etat et les droits civils et politiques<sup>2</sup>.

De précision en précision, on procède ainsi par étapes : il y aurait ainsi une hiérarchie au sein des règles constitutionnelles. La distinction opérée par Carl Schmitt entre loi constitutionnelle et constitution tranparaît ici en filigrane, selon MM. Bridel et Moor, toutes les normes fondamentales forment le tissu, la matière de l'ordre constitutionnel. Pourtant, la doctrine de MM. Bridel et Moor s'éloigne de celle de leur prédécesseur allemand en ce qui concerne le mode de spécification du contenu même de ces fondements. Si, en effet, les règles principielles ne prennent pas forme dans une règle juridique suffisamment précise, il faudra abstraire leur signification réelle de règles constitutionnelles secondaires destinées justement à les compléter. On procède ainsi par induction, comme le préconisait d'ailleurs la Cour constitutionnelle fédérale à propos du sens à donner au principe du "Rechtsstaat" reconnu au début de la loi fondamentale de 1949 : il faudra envisager conjointement les

---

<sup>1</sup> BRIDEL M. et MOOR P., "Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles", in R.D.S., VOL. 87, p. 406.

<sup>2</sup> BRIDEL M. et MOOR P., op. cit., p. 406.

articles 20 paragraphe 3 sur la séparation des pouvoirs ainsi que les articles 1 paragraphe 3, 19 paragraphe 4 et 28 paragraphe 1, 1 de la B.G.G.

Ce type d'exégèse constitutionnelle avancée par MM. Moor et Bridel fut repris par certains auteurs allemands soucieux de déterminer le sens de l'article 79 paragraphe 3 du B.G.G., lequel reconnaît l'intangibilité des principes (Grundsätze) inscrits à l'article 1 de la loi fondamentale. Ce ne serait pas, selon eux, le texte de l'article 1 dans sa littéralité (Wortlaut) qui ferait l'objet de cette protection spéciale mais seulement ses articulations majeures. Le problème se posait alors de déterminer lesquelles elles étaient. D'où l'intérêt témoigné pour l'opinion de MM. Bridel et Moor en République fédérale d'Allemagne. L'idée directrice - c'est-à-dire l'affirmation de droits fondamentaux - relève expressément de l'article 1 de la constitution. Celle-ci mise en outre sur d'autres règles indispensables à sa concrétisation.

Le lien avec ces dispositions particulières est réalisé à l'alinéa 2 du même article par le mot "darum"<sup>1</sup>. La pérennité consacrée des droits de l'homme à l'alinéa 1er serait ainsi formellement certifiée dans l'alinéa 2. L'énumération proprement dite des droits de l'homme est amorcée par l'article 2, alinéa 1er. Le lecteur comprend l'appui très précieux que les auteurs partisans d'une interprétation extensive de l'intangibilité de l'article 1er ont trouvé dans la doctrine de MM. Moor et Bridel. Pourtant, de nombreuses critiques furent dirigées contre elle. On retiendra, en particulier, celle qui, se référant à la genèse

---

<sup>1</sup> "Le peuple allemand reconnaît donc l'existence de droits de l'homme".

même de l'élaboration des dispositions concernant les droits de l'homme, s'oppose à une interprétation qui fait de ceux-ci un système complet et fermé<sup>1</sup>.

Les articles 2 à 19 ont fait l'objet de plusieurs modifications depuis 1949<sup>2</sup>. Certes, plusieurs d'entre elles ont, sur base de l'article 79 paragraphe 3, fait l'objet d'un recours devant la cour constitutionnelle mais sans succès<sup>3</sup> : la Cour a longtemps rejeté catégoriquement le principe d'une interprétation extensive<sup>4</sup>. Cette attitude de la Cour paraîtra d'autant plus remarquable et même contestable au niveau logique qu'elle s'est prononcée ailleurs sur le principe de l'existence d'une hiérarchie au sein des dispositions constitutionnelles, reconnaissant ainsi les limites tacites supplémentaires au point de réviser les plus fondamentales<sup>5</sup>. Sans doute, ce raisonnement s'explique-t-il (sans le justifier, bien sûr), si l'on admet derechef que ce ne sont pas des appréciations juridiques qui ont présidé à la motivation des décisions ici envisagées. L'appréciation des auteurs, ainsi que celle de la Cour constitutionnelle fédérale, est amplement tributaire de postulats éthiques et politiques. Il faudra d'ailleurs, plus loin, s'interroger sur le rôle très

---

<sup>1</sup> EHMKE H., "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, H. 20, p. 82.

<sup>2</sup> Voy. par ex. la loi du 19 mars 1956 modifiant les articles 1 alinéa 3, 12 et 17.

<sup>3</sup> Voy. à propos de l'article 10, sur le secret de la correspondance, B. Verf. G.

<sup>4</sup> Voy. GOERLICH H., Wertordnung und Grundgesetz. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden, 1973, pp. 44 sq., Commentaire à propos de la Décision du 16 janvier 1957, dite "Elfes-Urteil".

<sup>5</sup> B. Verf. G., Bd 1, pp. 24 sq.; Bd 3, pp. 352 sq.  
Voy. encore les décisions de la Cour constitutionnelle de Bavière du 16 juin 1950 (VGH 3 II, 28) et du 24 octobre 1958 (Juristenzeitung, 1959, p. 310).

singulier qui est exercé ici par le tribunal suprême et sur l'opportunité de réserver à un organe juridictionnel pareille attribution.

### Sous-section 2. Le droit public italien

Naguère, un constitutionnaliste italien, Giuseppe Contini, a consacré une monographie au thème de la révision de la constitution en Italie<sup>1</sup>. Dans le chapitre traitant des limites<sup>2</sup>, il rappelle l'existence de l'article 139 qui reconnaît expressément l'immutabilité de la forme républicaine de l'Etat, dont il fut parlé plus haut<sup>3</sup>. Abordant ensuite la question délicate de l'étendue d'une révision (totale ou partielle), il évoque les théories qui soutiennent la réalité des limites implicites découlant des principes fondamentaux ou de la forme d'un régime existant. Selon M. Contini<sup>4</sup>, aucune argumentation invoquée à l'appui de cette thèse n'est dénuée de motivations politiques dans la mesure où son ressort est la conservation de l'ordre existant<sup>5</sup>. Mortati, par exemple, affirme "que la garantie du respect de pareilles limites ne saurait résider dans le parallélisme opéré entre les normes en vigueur au moment de l'instauration de l'ordre constitutionnel et celles applicables à l'instant de la révision; elle ne procède pas davantage d'une continuité entre les titulaires du pouvoir depuis l'adoption de

<sup>1</sup> CONTINI G., La revisione costituzionale in Italia, Milano, Giuffrè, 1971.

<sup>2</sup> CONTINI G., op. cit., chapitre 7, pp. 279 sq.

<sup>3</sup> Supra, titre 1, chapitre 2, section 3.

<sup>4</sup> CONTINI G., op. cit., p. 286.

<sup>5</sup> Voy. par ex. MORTATI C., Istituzioni di diritto pubblico, op. cit., p. 1124; BALLADORE PALLIERI P., op. cit., pp. 284 sq.

la constitution. En revanche, elle se fonde sur la permanence de la structure sociale sur laquelle la constitution repose et des valeurs fondamentales autour desquelles elle s'ordonne"<sup>1</sup>.

Cela n'empêche que des innovations de la structure constitutionnelle soient nécessaires pour rendre compte des modifications de la structure sociale. Voilà pourquoi il faut prévoir diverses procédures de révision.

Paolo Barile aborde la question des limites implicites par un autre chemin<sup>2</sup>. S'interrogeant sur ce qui fait l'efficacité d'une norme constitutionnelle, il affirme qu'elle dépend de la positivité acquise par son observance concrète, laquelle est possible lorsque la règle réalise les fins politiques de la société au moment précis où elle apparaît dans l'ordre juridique étatique. L'efficacité d'une règle fondamentale ne requiert donc pas l'effectivité d'une sanction explicite : la seule sanction utile à sa juridicité est tributaire de son adéquation aux finalités du régime en vigueur<sup>3</sup>. Cette correspondance de la règle aux objectifs du système politique est la résultante du rapport des forces politiques opérantes. A cet égard, les normes constitutionnelles bénéficient toutes d'une présomption d'efficacité<sup>4</sup>. En outre, toutes les normes garantissant les libertés démocratiques sont "juridiquement efficaces par nature"<sup>5</sup>; elles préservent en effet d'une dictature qui serait exercée par les groupes politiques dominants. Leur statut est

<sup>1</sup> MORTATI C., Costituzione (dottrine generali), p. 208.

<sup>2</sup> BARILE P., op. cit., pp. 44 sq.

<sup>3</sup> BARILE P., ibid., pp. 44-45.

<sup>4</sup> BARILE P., ibid., p. 46.

<sup>5</sup> BARILE P., op. cit., p. 47.



privilégié car elles sont "immodifiables"; même le pouvoir de révision ne saurait y toucher car cette activité engendrerait comme telle un bouleversement du régime<sup>1</sup>.

Barile n'ignore pas, c'est évident, les mutations inévitables que vivent les forces politiques d'un Etat; celles-ci, pourtant, ne se font pas sous l'impulsion de règles constitutionnelles nouvelles puisqu'à ces dernières toute efficacité ferait défaut, et qu'en revanche, les changements de tendances politiques sont avant tout l'expression du mouvement de l'histoire.

On perçoit mieux comment Barile justifie l'existence des limites implicites au pouvoir de réviser la constitution. Il s'agirait de normes dont l'essence constitutionnelle réalise les finalités concrètes de l'ordre politique à un moment précis de son histoire. En ce sens, elles ne sauraient être absolues ni même, comme le prétendent certains, ressortir de l'ordre naturel des choses<sup>2</sup>. Au fond, on retrouve chez Barile la définition, déjà abondamment utilisée dans ce chapitre, d'une constitution matérielle. Il est remarquable aussi que l'auteur italien ait pu construire autour de ce principe une théorie unique à propos des limites auxquelles est soumis le titulaire du pouvoir de révision. En effet, Paolo Barile soutient la validité des limites expresses pour autant que les dispositions protégées soient efficaces, c'est-à-dire congruentes avec la matérialité de la constitution au moment où se pose le problème de révision. C'est pour le même motif que l'on peut admettre l'existence de limites implicites. A contrario, on ne saurait, selon Barile, reconnaître aucune efficacité à une règle du droit naturel ou de l'éthique qui, dénuée de positivité, n'épouserait jamais les finalités politiques inscrites dans la constitution matérielle.

<sup>1</sup> BARILE P., ibid., p. 47.

<sup>2</sup> BARILE P., ibid., p. 79.

Malgré sa diversité, la doctrine italienne converge sur un point : la doctrine des limites implicites ou immanentes, c'est-à-dire l'affirmation faite par certains auteurs de l'existence de restrictions au pouvoir de révision découlant du droit positif interne lui-même doit être battue en brèche. Sur ce point, l'exposé de Paolo Barile paraît décisif : une règle constitutionnelle n'est efficace que si elle réalise pleinement les fins politiques de la communauté qu'elle oblige.

### Sous-section 3. Synthèse

La doctrine des limites immanentes ou implicites, qui semblait s'être développée d'abord là où il n'existait pas de limites matérielles expresses, a donné lieu à des argumentations plus nuancées chez les constitutionnalistes de pays n'ignorant pas cette pratique. L'étude de la doctrine allemande a permis, en effet, de mieux différencier le sens des termes à partir d'une recherche sur le rôle de la règle constitutionnelle ; la doctrine de l'Italien Barile a proposé un autre mode d'appréhension de la problématique par le biais d'une réflexion sur l'efficacité de la règle constitutionnelle. L'intérêt réel de la première démarche comme de la seconde est d'avoir procédé à une étude plus systématique de la nature de la règle constitutive d'un Etat et d'avoir indiqué par là-même le caractère hybride de celle-ci : rédiger une constitution est autant un acte politique qu'un acte juridique. En revanche, on peut regretter qu'elles aient perdu de vue les résultats de cette analyse au moment où elles ont élaboré leur théorie des limites implicites ou immanentes et, comme dans l'hypothèse critiquée dans la section précédente, fait passer pour un raisonnement juridique ce qui relève d'appréciations extra-juridiques. Dès lors, il ne paraît pas juridiquement correct de convenir de l'existence de limites au pouvoir de réviser une constitution s'ajoutant, de manière tacite, à

d'autres dispositions expressément intangibles. Aussi longtemps que l'on ne se départit pas d'un raisonnement positiviste - c'est-à-dire fondamentalement lié à un jugement de légalité et d'efficacité - on ne peut assumer la rigueur d'une recherche portant sur la validité de dispositions qui, en dernière instance, n'appartiennent pas, elles, au droit positif.

## CHAPITRE 2. LES LIMITES TACITES HETERONOMES DEDUITES D'UN ORDRE NORMATIF NON JURIDIQUE

### INTRODUCTION

La conclusion à laquelle conduisent l'étude et la critique de la doctrine des limites autonomes tacites est importante : aucune thèse abordée ne convainc de la réalité d'une force juridique constitutionnelle immanente ou implicite capable d'aliéner, à l'avenir, l'exercice de la fonction constituante dans l'Etat. Nul ordre juridique ne saurait prétendre jouir d'assez d'autonomie pour découvrir en lui les sources d'une autorité non expressément reconnue par une norme de droit positif. Ce constat, en vérité, n'est pas étonnant; il est même la conséquence logique du principe de positivité qui gouverne à la fois la pratique juridique et l'éclairage que propose d'en donner la science du droit. La nécessité à laquelle le juriste occidental n'échappe pas d'enraciner la sphère du droit dans une certaine positivité l'empêche, le plus souvent, d'envisager la coexistence de l'ordre étatique avec des ordres normatifs hétérogènes, voire non juridiques.

Certains auteurs, cependant, pensent trouver dans un ordre normatif non juridique le fondement de l'autorité spécifique reconnue à des principes jugés essentiels du droit de l'Etat, tels que le respect des libertés, la démocratie, voire même certaines formes d'organisation politique. Certaines règles du droit naturel (section 2), des dispositions relevant de l'éthique (section 3) seraient ainsi susceptibles d'exercer une action inhibitrice sur l'activité constitutionnelle interne. On appelle limites tacites hétéronomes l'ensemble de ces restrictions déduites d'un ordre

normatif non juridique. C'est l'étude de ces diverses possibilités envisagées par la doctrine, d'une soumission du titulaire de la fonction constituante à des règles contraignantes extérieures au droit de l'Etat que l'on entreprend. La première section de ce chapitre est consacrée à l'examen d'une question particulière : peut-on qualifier de limites tacites hétéronomes les principes contenus dans les préambules ou les déclarations de droits auxquels se réfèrent certains textes constitutionnels ?

## SECTION 1. LA PROBLEMATIQUE DES DECLARATIONS DE DROITS ET DES PREAMBULES - L'EXEMPLE DE LA FRANCE -

De nombreuses constitutions contiennent, outre les normes essentielles d'organisation des pouvoirs publics, un corps de règles proclamant les droits individuels ou collectifs opposables à la puissance publique ou des principes compris comme des injonctions, défenses ou recommandations destinées à orienter l'oeuvre constitutionnelle, législative ou réglementaire. Souvent, elles précèdent le texte de la constitution. Parfois, elles y sont incluses<sup>1</sup>. Parfois enfin, un renvoi ou une citation seulement servent de référence. Du statut reconnu à ces dispositions dépend la réponse à plusieurs questions importantes : le constituant dérivé et les pouvoirs constitués ont-ils ou non la licence de méconnaître impunément ces règles spécialement élaborées et groupées par l'assemblée constituante en une déclaration des droits ou en un préambule ? Dans les Etats où existe une Cour constitutionnelle, celle-ci peut-elle puiser dans ces textes la matière essen-

<sup>1</sup> BURDEAU G., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, L.G.D.J., 1969, 5e édit., pp. 67 sq.; CADART J., Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J., 1971, 1ère édit., pp. 665 sq.

tielle d'un contrôle au fond de l'organe législatif ou constituant ? La censure juridictionnelle, enfin, de l'activité des autorités exécutives ou administratives peut-elle ou non briser les initiatives gouvernementales violant déclaration ou préambule ?

La réponse aux deux premières questions intéresse particulièrement le sujet de cette étude. Si une portée normative, en effet, est reconnue à ces dispositions, celle-ci peut être assimilée à la force juridique des règles du droit étatique, auquel cas elles ne pourraient figurer que parmi les limites autonomes tacites. On peut, en revanche, leur dénier toute qualité juridique mais leur réserver un statut identique à celui des limites tacites hétéronomes telles qu'elles sont traitées dans ce chapitre. L'opposition de ces deux hypothèses rend malaisé le choix du chapitre où faire l'exposé de la problématique des déclarations et préambules, la seconde seule mérite en effet d'appartenir à ce chapitre. La première, en revanche, aurait dû relever du précédent. On comprend cependant qu'on ne puisse les traiter séparément et pourquoi on a choisi d'en parler dans la section initiale de ce deuxième chapitre.

On a choisi d'illustrer la problématique par l'examen du droit public français. L'histoire politique et constitutionnelle de la France donne un panorama assez complet des différentes options théoriques et pratiques possibles sur cette question pour servir de cheminement.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est célèbre parmi toutes pour avoir acquis rapidement et conservé une valeur symbolique universelle. Néanmoins, l'étude de sa place au

sein même du droit français interne paraît indispensable puisqu'après un long abandon, elle fut réhabilitée en 1946. La constitution de 1958 l'a encore plus nettement relevée de l'oubli en l'insérant explicitement parmi les règles fondamentales. Le retentissement universel en effet de la déclaration de 1789 n'a pu assurer sa pérennité constituante en France et avant de réapparaître dans les textes de 1946 et de 1958, elle fut remplacée par de nouvelles déclarations avec la constitution de l'An I et la constitution de l'An II. L'engouement pour les déclarations ayant diminué, on n'en trouve aucune trace ni dans la constitution de l'An VIII, ni dans les chartes de 1814 et de 1830. Celle de 1848 s'amorce par un bref préambule et le texte de la constitution énumère aussi quelques droits. La constitution autoritaire de 1852, celle de Napoléon III, rappelle les garanties et les principes de 1789.

#### Sous-section 1. La valeur normative de la déclaration de 1789 sous la IIIème République

Les lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas recouru au procédé d'une déclaration de droits. Bien qu'elles parachevassent la restauration de la démocratie de 1871, elles furent conçues et rédigées comme un texte provisoire, ce qui explique sans doute pareille absence. Ce mutisme à l'égard des libertés publiques n'empêcha pas cependant les hommes politiques de la IIIème République de garder présente à l'esprit la Déclaration de 1789. Plusieurs juristes aussi se sont émus des dangers auxquels pouvait conduire la souveraineté illimitée ainsi attribuée à l'assemblée. Deux tendances s'affrontent dans la doctrine : ou l'on s'efforce de démontrer que la Déclaration de 1789 a une autorité juridique supérieure à celle de la loi et on soustrait ainsi la matière des libertés à la toute-puissance du législateur.

Ou bien, on refuse d'accorder à la Déclaration une supériorité juridique. Léon Duguit se revendique de la première opinion. La difficulté à laquelle il se heurtait tenait à ce que, du point de vue formel, la Déclaration de 1789 se rattachait à la constitution de 1791 dont elle ouvrait le texte. Comment aurait-elle pu survivre à l'abrogation du texte principal ?

L'argumentation de Léon Duguit s'apparente à sa conception générale du droit. Pour lui, la loi, fût-elle constitutionnelle, ne prend de valeur que par sa conformité à ce qu'il appelle le "droit objectif" tel qu'il se révèle à tout moment dans la "conscience collective". Or, la loi formulée par les hommes de l'assemblée nationale en 1789 était "dans leur esprit la loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, mêmes aux lois constitutionnelles"<sup>1</sup>. La Déclaration de 1789 énonce donc des lois supra-constitutionnelles puisque "la loi formule ou met en oeuvre une règle qui est impérative par elle-même, qui ne tire point son caractère impératif de la volonté de l'Etat, mais qui, à raison du fondement qu'on lui reconnaît, s'impose par elle-même à l'Etat comme aux individus. C'était précisément la pensée des auteurs de nos Déclarations des droits qui, admettant l'existence de droits naturels de l'homme, inaliénables et imprescriptibles, fondaient sur eux une règle impérative pour l'Etat et les individus"<sup>2</sup>. Ainsi, l'assemblée "ne crée point" ces principes mais elle les "constate"; la déclaration est la loi par excellence, plus forte que toutes les autres<sup>3</sup>. La conséquence la plus immédiate pour Duguit est que "si aujourd'hui, le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle". "Je crois même", poursuit-il, "que la Déclaration de 1789 s'impose encore non seulement au

<sup>1</sup> DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, Paris, Boccard, 1928 (3), vol. 2, p. 184.

<sup>2</sup> DUGUIT L., op. cit., pp. 184-185.

<sup>3</sup> DUGUIT L., op. cit., vol. 3, p. 603.



législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant, et qu'une Assemblée nationale formée dans les conditions de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration"<sup>1</sup>. En effet, "la législation positive toute entière n'a, dans la conception individualiste, de valeur et de force qu'autant qu'elle est la mise en oeuvre des principes juridiques formulés dans la Déclaration"<sup>2</sup>. Léon Duguit réfute énergiquement la thèse toute opposée défendue par Esmein. Pour ce juriste, la Déclaration de 1789 n'est pas supérieure dans l'échelle des valeurs juridiques, mais encore, elle n'a aucune valeur en droit positif :

"Les Déclarations des droits émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'Assemblées constituantes; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des déclarations de principes"<sup>3</sup>. Les constituants de 1789 n'ont pu conférer aucune valeur juridique à la Déclaration puisqu'elle ne fait que constater des droits naturels et que leur incorporation au droit positif requerrait leur garantie dans la constitution elle-même. Cette dite garantie devient caduque dès qu'est abrogée la constitution en question.

Plus fondamentalement, une règle juridique ne saurait, à la façon d'une règle scientifique, constater; une norme de droit prescrit un comportement et exige par cela une formulation suffisamment précise. Carré de Malberg soutient, lui aussi, cette thèse<sup>4</sup>. La Déclaration de 1789 n'est pas une déclaration de droits, elle énonce seulement des principes; d'ailleurs, "elle ne formule

<sup>1</sup> DUGUIT L., op. cit., p. 607.

<sup>2</sup> DUGUIT L., ibid., p. 607.

<sup>3</sup> ESMEIN P., Droit constitutionnel, 1927, 8e édit., I, p. 591.

<sup>4</sup> CARRE de MALBERG, Théorie de l'Etat, Paris, Sirey, 1922, t. II.

pas de règles juridiques qui soient susceptibles d'être appliquées pratiquement par un juge"<sup>1</sup>. On ne saurait non plus lui attribuer une valeur constitutionnelle implicite et coutumière<sup>2</sup>. Des caractères formels d'une constitution lui font, en effet, toujours défaut. "Il y a incompatibilité entre ces deux termes, Constitution et coutume"<sup>3</sup>.

Cette controverse doctrinale n'eut pas, sous la III<sup>ème</sup> République, d'incidence juridictionnelle. On peut conclure que la première théorie - celle de la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 - n'eut qu'un faible relais pratique. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'aucune disposition de cette Déclaration - dont l'autorité morale est incontestable - n'ait été retenue, dès cette époque, comme principe général de droit ayant valeur coutumière. Ainsi, le principe de l'égalité devant la loi, inscrit à l'article 6 fut-il considéré par la jurisprudence du Conseil d'Etat comme un principe coutumier intégré au droit positif et s'imposant à toute autorité administrative. Le Conseil d'Etat a annulé maintes fois pour excès de pouvoir les actes administratifs pris en violation de ce principe<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> CARRE de MALBERG, op. cit., p. 581.

<sup>2</sup> CARRE de MALBERG, op. cit., p. 582, note 10.

<sup>3</sup> CARRE de MALBERG, op. cit., p. 582.

<sup>4</sup> C.E. fr., 5 mai 1929, Recueil, p. 576; C.E. fr., 10 février 1937, "Société anonyme des grands magasins économiques", Recueil, p. 173; C.E. fr., 22 mars 1941, "Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre", Recueil, p. 49. Et RIVERO J., Les libertés publiques, Paris, Dalloz, 1973, I, p. 146.

## Sous-section 2. La valeur juridique de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 sous la IVème République

La question de la valeur juridique du Préambule de 1946 doit s'envisager dans deux contextes constitutionnels différents : celui de la constitution de 1946 (objet de cette sous-section) et celui de celle de 1958 qui l'a incorporé à son texte.

### § 1. L'intention des constituants

L'intention des constituants demeure incertaine<sup>1</sup>. Ils ont longuement débattu des termes du Préambule mais le problème de sa nature fit l'objet d'interventions dont l'incompatibilité évidente n'a pas été relevée dans la discussion.

La suprématie juridique du Préambule fut soutenue par de nombreux orateurs<sup>2</sup>. Certains, en revanche, ne voulurent lui reconnaître qu'une autorité politique dénuée de toute sanction juridique.

En réalité, seule l'analyse conjointe de la forme et du contenu des dispositions du Préambule permet de résoudre la difficulté.

<sup>1</sup> RIVERO J., op. cit., p. 147; MIGNON M., "La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la Doctrine et la Jurisprudence", Dalloz, Chronique, XXX, 1951, pp. 127 sq.; HAURIU A., Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 1972, 5e édit., p. 190.

<sup>2</sup> Voy. Ass. nat. const. 7 mars 1946 (in J.O., 8 mars 1946, débats, p. 607); Ass. nat. const. 12 mars 1946 (in J.O., 13 mars 1946, débats, p. 682); Ass. nat. const. 12 mars 1946 (in J.O., 13 mars 1946, débats, p. 676).

## § 2. Analyse du texte du Préambule

- a) Formellement, le Préambule fut élaboré au sein de l'Assemblée exerçant sa compétence constituante selon la même procédure que pour l'ensemble de la constitution et fut soumis, comme elle, au référendum populaire.

Sur ce point, on pourrait donc conclure à une assimilation parfaite au texte principal.

- b) L'étude matérielle des règles contenues dans le Préambule force cependant à nuancer cette première approche. La formulation vague de nombreuses dispositions empêche d'y discerner la source de droits et d'obligations déterminés. Or, comme le souligne M. Rivero : "Un document qui ne modifierait en rien les droits et les obligations de quiconque ne saurait, même coulé dans une forme juridique, contenir une règle de droit"<sup>1</sup>. Tel est le cas, par exemple, de celles qui garantissent à l'individu "les conditions de son développement". Par contre, le Préambule énumère de manière très concrète un certain nombre de droits individuels et collectifs<sup>2</sup>. Qu'il s'agisse du droit à l'instruction : "La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public et laïc à tous les degrés est un devoir de l'Etat"; de la liberté syndicale : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix"; ou du droit de grève : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". Il est vrai que la doctrine, sous la IVème République, accordait généralement

<sup>1</sup> RIVERO J., op. cit., p. 148.

<sup>2</sup> CADART J., op. cit., pp. 672-674.

une valeur constitutionnelle à cette dernière catégorie de droits suffisamment précisée pour impliquer l'existence corollaire d'obligations à charge de l'Etat.

Il faut enfin rappeler un dernier obstacle tiré de la portée incertaine de l'article 91 de la constitution de 1946. Celui-ci, en effet, semblait dissocier le Préambule du reste de la constitution en ce qu'il prévoyait l'intervention du Comité constitutionnel dans l'hypothèse de lois votées par l'assemblée, pour autant qu'elles fussent contraires "aux dispositions des Titres I à IX de la constitution".

Une loi pouvait, dès lors, contrevenir au Préambule sans que ne s'exerce le contrôle dudit Comité, ce qui, estimaient certains, aurait laissé planer un doute sur la nature juridique du Préambule<sup>1</sup>.

### § 3. La jurisprudence

La jurisprudence judiciaire s'est rapidement prononcée dans le même sens que la doctrine pour annuler des actes privés contredisant des normes du Préambule<sup>2</sup>. L'attitude du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs resta plus longtemps équivoque. Tantôt, ils refusaient d'annuler les actes administratifs soumis à leur censure au motif pris de la violation du Préambule de la Constitution<sup>3</sup>, tantôt, ils prononçaient l'annulation, mais en consacrant une pratique antérieure selon laquelle il existait "des principes généraux du droit applicables même en l'absence de

<sup>1</sup> Voy. la réfutation de cette argumentation par GEORGEL J., "Le Préambule de la Constitution", in R.D.P., 1960, pp. 85 sq.

<sup>2</sup> Trib. civ. Seine, 22 janvier 1947, D., I, 67; Cass. fr. (ch. soc.), 27 mars 1952.

<sup>3</sup> C.E. fr., 10 novembre 1950, "Fédération nationale de l'éclairage", Recueil, p. 548.

textes"<sup>1</sup>. Depuis la libération, en effet, le Conseil d'Etat persistait à annuler les actes contraires à l'égalité devant la loi, sans vouloir cependant invoquer l'autorité de la Déclaration des droits de l'homme, justifiant la sanction par la seule référence à un principe général de droit. Ainsi, répugnant à voir dans le Préambule de la constitution de 1946 un texte de droit positif, jugea-t-il, le 10 novembre 1950<sup>2</sup> que "le moyen tiré par la Fédération requérante des termes du Préambule de la Constitution est inopérant à l'égard d'un acte pris par le gouvernement en application des dispositions d'une loi en vigueur".

La formule, on le concède, est ambiguë; fallait-il l'entendre comme le refus d'accorder au Préambule toute valeur de droit positif ... ou estimait-il seulement qu'il n'aurait pu statuer sur ce moyen qu'au prix d'une appréciation de la conformité ou de la non-conformité de certaines lois à la constitution<sup>3</sup>.

L'enseignement que l'on peut tirer du célèbre arrêt "Dehaene" rendu le 7 juillet 1950 paraît ici précieux. Au mois de juillet 1948, le Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures avait lancé à ses adhérents un ordre de grève. Le ministre de l'intérieur adressa alors aux préfets une circulaire afin qu'ils avisent tous les agents d'autorité ou d'un rang égal ou supérieur à celui de chef de bureau que la grève emporterait pour eux suspension immédiate de leur engagement. Six chefs de bureau de la préfecture d'Indre-et-Loire, dont le requérant Dehaene, observèrent le mouvement de grève et se virent adresser le même jour un arrêté de suspension. Tous les six déposèrent une requête

<sup>1</sup> C.E. fr., 15 février 1946, "Savonneries de Bourgogne", in Recueil, p. 49; C.E. fr., 7 juillet 1950, "Dehaene", note WALINE H., in R.D.P., 1950, pp. 691 sq.; C.E. fr., 11 juillet 1956, "Amicale des Annamites de Paris", in Recueil, p. 317.

<sup>2</sup> Voy. note 3 p. 156.

<sup>3</sup> Voy. note WALINE M., sous C.E. fr., 7 juin 1957, "Condamine", in R.D.P., 1958, p. 100.

en annulation des arrêtés préfectoraux, soutenant qu'en prescrivant cette mesure de suspension immédiate des fonctionnaires d'un certain grade ayant participé à une grève, on leur avait retiré un droit qu'aucune autorité exécutive ne pouvait réglementer et dont le législateur lui-même n'aurait su constitutionnellement les priver en raison de la proposition inscrite dans le Préambule de 1946 : "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". Le Conseil d'Etat ne fit pas droit à cette thèse et rejeta la requête, considérant que les lois prévues par la constitution pour la réglementation du droit de grève n'étaient pas encore intervenues et qu'"en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter l'usage abusif (...)", il appartenait "au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations". Le raisonnement du Conseil d'Etat a, sur ce point, été critiqué avec justesse par Waline<sup>1</sup>. Selon lui, en effet, la haute juridiction a méconnu la portée véritable du Préambule "qui n'est pas une loi proclamant sous condition le droit de grève, qui n'est, au contraire, qu'une loi étendant, au domaine de la réglementation de la grève, le "domaine réservé au législateur"". La disposition est donc susceptible de "s'appliquer directement et immédiatement".

De la lecture des conclusions du commissaire au gouvernement Gazier<sup>2</sup>, il ressort clairement que "ce sont des considérations moins strictement juridiques, mais plus pressantes" qui justifient la solution du Conseil d'Etat. Celles-ci sont tirées "des nécessités du maintien de l'ordre public". Ainsi, le commissaire affirme-t-il sans détours qu'"admettre sans restriction la grève

<sup>1</sup> WALINE M., Note sous "Condamine", op. cit., p. 99.

<sup>2</sup> R.D.P., 1950, op. cit., pp. 705 sq.

des fonctionnaires, ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle, et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la notion d'un Etat à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public<sup>1</sup>. Il faut relever ici qu'à la suite du commissaire Gazier, le Conseil d'Etat va raisonner comme s'il existait au-dessus des lois (y compris constitutionnelles) un principe supérieur de droit coutumier : la continuité du fonctionnement des services publics. Nous renvoyons à la note du Professeur Waline en ce qui concerne le danger de faire prévaloir ainsi la raison d'Etat sur la légalité<sup>2</sup> pour conclure qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas reconnu valeur de droit positif (ou en tout cas valeur constitutionnelle) au Préambule. A partir de l'arrêt "Condamine" de 1957<sup>3</sup>, la haute juridiction administrative paraît abandonner ce raisonnement sinueux et rattacher les principes généraux du droit au Préambule, sans pourtant reconnaître à l'ensemble des dispositions ce caractère. Cet arrêt, en effet, inaugure une jurisprudence qui examine au fond un moyen d'excès de pouvoir par lequel un requérant invoque la méconnaissance par un acte de l'exécutif d'un article du Préambule. En l'espèce, le requérant se prévalait de l'illégalité du décret du 15 juin 1927 en application duquel aurait été pris l'arrêté du 17 juillet 1948 par lequel le Haut Commissaire de la République française au Cameroun lui a enjoint de quitter immédiatement le territoire. Il invoquait la violation des articles 8 à 10 de la déclaration des droits de l'homme à laquelle se réfère le Préambule de la constitution. Bien qu'il conclût au rejet de la requête, le Conseil d'Etat n'a pas refusé d'examiner la contrariété ou non de ces prescriptions aux dispositions invoquées par le requérant.

<sup>1</sup> GAZIER, op. cit., p. 705.

<sup>2</sup> Voy. not. R.D.P., 1958, p. 700.

<sup>3</sup> C.E. fr., 7 juin 1957, R.D.P., 1958, note WALINE M., p. 100.



#### § 4. Conclusion

Ainsi, malgré les hésitations, les interprétations doctrinale et jurisprudentielle ont admis la nature juridique du Préambule de 1946 et lui ont attribué dans la hiérarchie normative un rang équivalent à celui de la constitution.

A l'encontre du statut généralement reconnu à la déclaration des droits de l'homme de 1789 sous la IIIème République<sup>1</sup>, le sort fait au texte de 1946 s'inscrit mal dans le cadre du chapitre de ce travail consacré à l'étude de dispositions dont l'autorité - implicite - serait hétérogène à l'ordre constitutionnel.

Le Préambule de 1946, dans la nomenclature des règles de la IVème République, relevait, en effet, du droit positif matériel; et, à supposer qu'on désignât comme intangible l'une ou l'autre de ses dispositions, ce choix devrait subir la critique épistémologique à laquelle on a soumis, dans le chapitre précédent, pareille consécration. Par ailleurs, la réserve concernant l'incompétence du comité constitutionnel pour censurer, sous la IVème République, une loi contraire au Préambule, renforce la thèse défendue dans le chapitre précédent.

---

<sup>1</sup> Voy. supra, pp. 150 sq.

### Sous-section 3. La valeur juridique de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 depuis le 5 octobre 1958

#### § 1. Les textes et leur interprétation

Le texte très concis du Préambule de la constitution du 5 octobre 1958 intègre, de l'avis général, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 au nouvel acte constitutionnel. "Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme (...) tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946". Sur un autre point encore, la constitution de la Vème République clôt un débat antérieur : à la différence de la constitution de 1946, elle ne prohibe plus le contrôle par le Conseil Constitutionnel de la conformité des lois aux dispositions du Préambule<sup>1</sup>. Néanmoins, l'indétermination de plusieurs d'entre elles en rend l'application difficile<sup>2</sup>.

#### § 2. La jurisprudence

La jurisprudence du Conseil d'Etat paraît désormais confirmée : la doctrine naguère défendue des "principes généraux du droit" déduits de la Déclaration ou du Préambule est battue en brèche : le Conseil d'Etat rappelle expressément l'insertion du Préambule dans le corps des normes constitutionnelles et fonde, du moins pour les dispositions suffisamment précises, l'autorité du Préambule sur cet élément formel.

<sup>1</sup> RIVERO J., op. cit., p. 150; HAURIOU A., op. cit., p. 678;  
CADART J., op. cit., p. 678.

<sup>2</sup> CADART J., op. cit., pp. 680-681.

Ce changement d'attitude fut inauguré par l'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" du 26 juin 1959<sup>1</sup>. Le décret pris le 25 juin 1947, réglementant la profession d'architecte dans les territoires français d'outre-mer fut déféré au Conseil d'Etat par le Syndicat général des ingénieurs-conseils, appuyé par le Syndicat métropolitain des travaux publics, s'estimant lésés pour deux raisons. En premier lieu, le décret donne de la profession d'architecte une définition plus large que celle définie en métropole : faisant de l'architecte non seulement un artiste, mais encore un technicien, les dispositions de ce texte restreignent ainsi le nombre des travaux susceptibles d'être confiés aux ingénieurs d'outre-mer. D'autre part, en disposant que l'architecte n'est pas solidaire des entrepreneurs, le décret accroît la responsabilité de ceux-ci. Selon le syndicat requérant, le règlement serait entaché d'illégalité pour trois motifs :

- il ferait une fausse application de la loi du 31 décembre 1940 qui régit la profession d'architecte en métropole;
- il violerait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie;
- enfin, il violerait les dispositions du Code civil relatives à la responsabilité.

C'est le moyen tiré de la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui retient l'intérêt. Comme le suggère M. Fournier dans ses conclusions, il s'agit de dire "si l'autorité réglementaire, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir autonome (...), est ou non limitée par des règles non écrites et quelles sont ces règles"<sup>2</sup>. Aussitôt, il répond que "si les décrets coloniaux doivent respecter certains principes non écrits, ce ne peut

<sup>1</sup> R.D.P., 1959, p. 1004, conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Fournier.

<sup>2</sup> R.D.P., op. cit., p. 1010.

être qu'en raison de la valeur supérieure de ces principes", lesquels doivent avoir soit "valeur législative", soit "valeur constitutionnelle"<sup>1</sup>. Il y aurait d'abord des "règles de compétence", codifiées aujourd'hui dans l'article 34 de la constitution de 1958, mais qui appartenaient auparavant à la seule "tradition constitutionnelle républicaine". A cela s'ajoute une seconde catégorie de règles qui "concernent le fond du droit". Il s'agit de principes posés "par la Déclaration des droits de 1789 ou par le Préambule de la Constitution"<sup>2</sup>. Et d'affirmer : "Ces principes généraux du droit trouvent leur source dans ces déclarations"<sup>3</sup>. Le Conseil d'Etat a suivi, dans son arrêt de 1959, l'avis de M. Fournier, estimant que "dans l'exercice de ses attributions, il (le Président du Conseil des ministres) était cependant tenu de respecter (...) les principes généraux du droit qui, résultant notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives"<sup>4</sup>. Cette ultime précision est déterminante car elle reconnaît bien l'autonomie de l'autorité juridique du Préambule. La Haute juridiction administrative a redouté qu'opérant par voie de décret, aux termes de l'article 37 de la constitution, le pouvoir réglementaire n'échappe au respect dû aux règles fondamentales. Cette opinion fut maintes fois confirmée<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> R.D.P., op. cit., p. 1011.

<sup>2</sup> R.D.P., op. cit., p. 1013.

<sup>3</sup> R.D.P., ibid., p. 1013.

<sup>4</sup> R.D.P., ibid., p. 1017.

<sup>5</sup> C.E. fr., 28 octobre 1960, "de Laboulaye", Recueil, p. 570; C.E. fr., 4 novembre 1960, "Syndicat du personnel de l'assemblée de l'Union française", Recueil, p. 596; C.E. fr., 24 novembre 1961, "Fédération nationale des syndicats de police", Recueil, p. 658; C.E. fr., 13 juillet 1962, "Conseil national de l'Ordre des médecins", Recueil, p. 479; C.E. fr., 8 décembre 1978, "Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres", Recueil, p. 493.  
"Considérant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale; que ce droit compte en particulier la faculté pour ces étrangers de

La jurisprudence est sévère et d'application étendue : il ne suffit pas que les règlements autonomes pris en vertu de l'article 37 (pouvoir résiduaire) soient conformes à la Constitution et au Préambule; les règlements d'application de la loi sont soumis au même impératif. Des réticences sont émises car "des progrès importants restent désirables"<sup>1</sup>. On pourrait souhaiter notamment que le contrôle du Conseil d'Etat s'étende à la constitutionnalité des règlements et décisions administratives par rapport à l'ensemble du Préambule. Le Haut Tribunal suivrait ainsi le Conseil Constitutionnel qui, dans un arrêt désormais célèbre du 16 juillet 1971, affirma l'inconstitutionnalité d'une loi votée par l'Assemblée Nationale, après vote non conforme du Sénat et qui mettait en péril la liberté d'association établie par la loi de 1901 et constitutionnnalisée par le Préambule de 1946.

Le visa de la décision est, à cet égard, riche de substance : "Vu la Constitution, et notamment son Préambule"<sup>2</sup>.

Le Conseil constitutionnel a incontestablement reconnu la valeur constitutionnelle du Préambule de 1958 et des textes incorporés par lui.

Il serait encore bienvenu que la jurisprudence de la Cour de cassation et des tribunaux judiciaires sorte de sa réserve et qu'elle sanctionne à son tour l'illégalité interne des actes du pouvoir exécutif.<sup>3</sup>

---

faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs (...), ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers; que le décret est ainsi illégal et doit, en conséquence, être annulé".

<sup>1</sup> CADART J., op. cit., p. 382.

<sup>2</sup> Voy. aussi RIVERO J., "Note sur la décision du Conseil constitutionnel", in A.J.D.A., octobre 1971.

<sup>3</sup> CADART J., op. cit., p. 382; HAURIOU A., op. cit., p. 194.

### § 3. Conclusion

L'insertion dans la constitution du 5 octobre 1958 du Préambule de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, de même que les pouvoirs laissés au Conseil Constitutionnel de sanctionner toute atteinte légale ou réglementaire à des droits de rang constitutionnel parachèvent le mouvement nettement amorcé par le texte fondamental précédent. Déclaration et Préambule sont intégrés dans l'ordre juridique français de la Vème République et s'imposent aux organes du pouvoir comme règles positives autonomes. Certes, plusieurs auteurs ont dénoncé l'"ambiguïté des Déclarations contemporaines"<sup>1</sup> qui, héritières du passé glorieux réservé à cette pratique, les ont détournées de leur sens initial - l'affirmation des libertés individuelles - pour y substituer l'énumération d'obligations de l'Etat à l'égard de certaines catégories sociales seulement<sup>2</sup>. Pour être sérieuse, l'objection concerne peu notre propos et on la négligera ici.

La force constitutionnelle, cependant, reconnue au Préambule de 1958 par la jurisprudence et la science du droit rejoint un aspect de notre problématique. On a relevé que ni le législateur ni le gouvernement ne sauraient transgresser impunément les règles impératives contenues dans les dispositions ouvrant le texte constitutionnel au sens strict. Quel sort alors réserver à une loi constitutionnelle prise en violation desdites règles, par le constituant dérivé ? La question ne paraît pas avoir été résolue

---

<sup>1</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 70.

<sup>2</sup> BURDEAU G., op. cit., p. 70.

directement. L'état actuel de la théorie et de la pratique juridiques françaises laisse cependant augurer d'une solution semblable à celle qui est préconisée pour les autres pouvoirs constitués. L'impact concret de la réponse importe peu ici, si l'on admet qu'en toute hypothèse, elle ne pourra éluder la difficulté théorique qui nous préoccupe : celle de la nature et de la portée des limites opposées au constituant dérivé. Sans se substituer au rôle de la jurisprudence ou de la théorie françaises, l'observateur attentif des institutions de la Vème République peut constater l'appartenance du Préambule de 1958 à l'ordre constitutionnel positif, ce qui, si l'on reconnaît le principe de limites matérielles implicites, reviendrait à les qualifier d'autonomes. A ce titre donc, le Préambule de la constitution du 5 octobre 1958 ne peut pertinemment figurer en tête d'un chapitre concernant les limites hétéronomes au pouvoir de réviser la constitution.

Ce détour par le droit français a cependant eu le mérite de montrer l'ambiguïté du statut des préambules et déclarations de droits. Rappelons seulement le débat suscité par la Déclaration de 1789 sous la IIIème République et l'opinion de Léon Duguit lui reconnaissant une valeur positive, soulevant aussitôt une série d'arguments proches de ceux qui concluaient le chapitre précédent : la Déclaration fait autorité - à la rigueur - mais - en toute rigueur - elle déborde alors le cadre du droit objectif et relève, dans ce cas, d'un ordre hétéronome.

## SECTION 2. LA SOUMISSION DU DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNE AUX PRECEPTES DU DROIT NATUREL

### § 1. L'énoncé de l'hypothèse

Traditionnellement, on désigne par l'expression de droit naturel "un ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées et non créées par la raison"<sup>1</sup>. Il est exclu de rappeler les éléments du débat soulevé par la question de l'existence de règles relevant du droit naturel. Seule est intéressante ici la thèse qui érige le droit naturel en fondement - implicite mais indubitable - de l'ordre constitutionnel et de l'ordre juridique positif tout entier et reconnaît ainsi l'autorité (bien qu'extérieure) du premier sur les seconds. La critique proprement dite du sens et de la validité de cette hypothèse sera reprise dans la deuxième partie de ce travail.

L'origine de l'hypothèse coïncide avec l'affirmation de la primauté logique et chronologique, voire qualitative, de l'ordre de l'être sur celui du devoir-être. Toutes les règles, éthiques ou juridiques, sont nécessairement inscrites dans l'être des choses. S'adressant aux hommes, elles s'enracinent dans l'essence même de l'homme, ultime fondement du droit naturel.

Selon l'école du droit naturel, l'homme est, par nature, un être doué de raison et un être sociable. Afin de réaliser les deux

<sup>1</sup> LE FUR L., "La théorie du droit naturel", in R.C.A.D.I., 1927, III, vol. 18, p. 353.



termes de cette essence, il doit accomplir un ensemble d'obligations<sup>1</sup>. Ainsi, l'ordre juridique doit-il se conformer aux prescrits de l'ordre idéal des Essences et, en l'espèce, le législateur (ordinaire ou constituant) doit accorder sa propre activité à ce diapason. Nombre d'entre elles sont inspirées aux jusnaturalistes par une longue tradition philosophique et religieuse<sup>2</sup>. Certains constitutionnalistes revendiquent cet héritage de l'ordre idéal des Essences.

En l'espèce, le titulaire de la fonction constituante dans un Etat n'échappe pas à cette soumission; il doit accorder toute son activité à la "nature des choses". Cette doctrine soulève de nombreuses difficultés.

En premier lieu, les constitutionnalistes qui soutiennent l'hypothèse de la primauté du droit naturel n'ont généralement pas abordé la question de la variabilité spatiale et temporelle de ses règles<sup>3</sup>. Sans aucun doute, est-ce parce que la vertu (qui est presque un postulat) majeure qu'ils leur attribuent est l'éternité, que le problème est ainsi négligé<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> SÜSTERHENN, Die naturrechtlichen Grundlagen der internationalen Zusammenheit, Wiesbaden, Schriftenreihe der Europäischen Akademie, 1950, not. pp. 9, 13 et 15; KALINOWSKI G., "L'existence des normes", in A.P.D., 1981, pp. 334 sq.

<sup>2</sup> Voy. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, II-II (Secunda Secundae), qu. 57, 2 et 3; I-II (Prima Secundae), qu. 100, 1, 2 et 18. Pour un commentaire plus récent : KALINOWSKI G., "Le fondement objectif du droit d'après la "Somme théologique" de Saint Thomas d'Aquin", in A.P.D., 1973, t. XVIII, pp. 59 sq.; BELAVAL Y., "Religion et fondement du droit chez Leibniz", in A.P.D., 1973, t. XVIII, pp. 85 sq.; BRETON S., "Les fondements théologiques du droit chez Spinoza", in A.P.D., 1973, t. XVIII, pp. 93 sq.

<sup>3</sup> C'est le cas, par exemple, de NEF H., op. cit., pp. 170 sq.; de SCHMITT C., Verfassungslehre, op. cit.

<sup>4</sup> Même les jusnaturalistes du XX<sup>ème</sup> siècle se contredisent au moment où ils prétendent abandonner la thèse de l'immutabilité du droit naturel. La comparaison de quelques extraits du cours de Lefur est instructive sur ce point : ainsi, la page 365 qui

En revanche, les adversaires de la thèse jusnaturaliste ne manquent pas de constater qu'aucun des systèmes juridiques jusqu'ici répertorié n'a pu épouser cette pérennité : ceci les fait douter de la "validité" et de l'"efficacité" des règles du droit naturel conçues comme une arme contre les déviations du droit positif, comme une sorte d'invariant rationnel <sup>1</sup> .

Une autre difficulté provient du mode d'identification des règles du droit naturel ayant force obligatoire en droit interne. Cette tâche délicate est prise en charge très souvent par la théorie générale du droit (avec plus ou moins de succès, il est vrai). Les éléments de solution proposés par le droit public sont, quant à eux, sommaires sinon inexistants.

L'éclectisme des solutions apportées raffermirait la position de ceux qui combattent avec acharnement le caractère d'éternité par ailleurs reconnu au droit naturel. Les critères d'identification, en effet, abondent :

- Selon les uns, il s'agirait de la doctrine religieuse de l'Eglise catholique (ainsi, par exemple, l'article 7, 1° de la constitution italienne de 1947).
- Selon d'autres, il s'agirait de la doctrine hégélienne de l'Etat (c'est le point de vue de plusieurs auteurs suisses; c'était celui de maints constitutionnalistes de la République de Weimar).

---

soutient la thèse de l'immutabilité est difficilement conciliable avec ce qui est affirmé aux pages 388-389; 393 et 394 note 1; 395 (op. cit.).

<sup>1</sup> Dans ce sens, BISCARETTI di RUFFIA P., Diritto costituzionale, op. cit., p. 64; HALBECQ M., "Le divin et les concepts du droit naturel", in A.P.D., 1973, t. 18, not. pp. 173 sq.

- D'autres, enfin, privilégieront les règles issues de l'individualisme libéral ou, au contraire, du marxisme-léninisme le plus radical.

## § 2. La critique de l'hypothèse

Sans anticiper sur les développements de la deuxième partie, la simple considération de la thèse du jusnaturalisme proposé comme objectif de la conformité matérielle de l'ordre positif constitutionnel laisse perplexe. On doute, en effet, de l'efficacité et de la praticabilité d'une solution élaborée, c'est manifeste, dans le souci de sauvegarder des institutions dont le caractère essentiel n'est peut-être pas l'invariance mais la souplesse et l'historicité<sup>1</sup>. A cet égard, on perçoit malaisément quel type d'injonction peut recevoir le titulaire de la fonction constituante dans un Etat, et comment il peut le recevoir d'un ordre normatif structurellement si hétérogène. L'identification des règles mais la nature aussi des sanctions susceptibles de frapper leur violation ne peuvent se jauger à l'aune du droit positif interne, alors que celui-ci semble être le destinataire privilégié des dispositions du droit naturel.

A l'examiner de plus près, la position jusnaturaliste repose incontestablement sur une conception onto-théologique qui survalorise la nature en général et la nature rationnelle de l'humanité en particulier. Il n'y a donc pas, contrairement à ce qu'elle préconise<sup>2</sup>, une adéquation totale entre l'ordre de l'être et celui du devoir-être, puisqu'un jugement de valeur (ce que M.

<sup>1</sup> Voy. dans ce sens HAUG H., *op. cit.*, pp. 230 sq.

<sup>2</sup> Voy. p.ex. KALINOWSKI G., "Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit", in *A.P.D.*, 1981, t. XXVI, p. 343.

Kalinowski appelle l'aspect "noétique" du fondement du droit) est nécessaire pour tester la réalité de la norme. Cette méthode préconisée en vue de déterminer l'existence de la règle de droit ressemble à un contrôle de légitimité effectué sur la norme, démarche que le jusnaturalisme réfute a priori. On le prend ici en flagrant délit d'illogisme. En outre, on peut se demander si la norme juridique, et en l'espèce la règle de droit constitutionnel, est appelée à refléter un état de choses. Si la règle de droit s'impose comme obligatoire, n'est-ce pas précisément parce que sa vocation est de modifier l'ordre des choses, si tant est qu'il en existe. Quel sens, dès lors, peut-on reconnaître à des dispositions qualifiées d'immuables, s'adressant à une réalité essentiellement dynamique et qui requiert par cela même une structure et un contenu normatifs évolutifs et flexibles ? L'incompatibilité est à la fois structurelle et conjoncturelle et on arrive, en définitive, à imaginer qu'il y va des rapports entre l'ordre du droit naturel et l'ordre du droit positif, comme de cet organe greffé et aussitôt rejeté par le corps étranger, incapable d'assimiler une "nature" différente de la sienne.

Sans préjuger donc de l'issue du débat sur la validité de principe des limites matérielles en général, l'exposé et la critique des thèses jusnaturalistes en vertu desquelles l'ordre naturel des choses serait à l'origine d'inhibitions pour l'ordre normatif positif paraissent condamner celles-ci du chef d'incongruence entre ces deux ordres. Non qu'on ne puisse envisager une interpénétration d'ordres normatifs distincts<sup>1</sup>, elle n'est possible cependant que si des points d'ancrage assurent leur rencontre. C'est ceux-ci qui manquent à l'onto-théologique statique proposée par le droit naturel pour servir la dynamique propre du droit constitutionnel. Ainsi, la théorie, mais aussi la pratique, infirment

---

<sup>1</sup> On propose plusieurs formes de cette interprétation dans la suite de l'exposé.

la vraisemblance de la doctrine selon laquelle l'ordre hétérogène du droit naturel peut objectivement contenir l'exercice de l'activité constitutionnelle interne.

### SECTION 3. LA SOUMISSION DU DROIT CONSTITUTIONNEL A L'ETHIQUE

#### § 1. L'hypothèse

On a montré, dans le chapitre précédent, les raisons de l'intérêt accordé par le droit constitutionnel suisse à la problématique des limites autonomes tacites. Dans un Etat où la liberté matérielle du titulaire du pouvoir de révision est consacrée par les textes, la doctrine a tenté d'atténuer les effets d'une interprétation trop laxiste de ceux-ci. La démarche du constitutionnaliste H. Haug est, sur ce plan, particulièrement révélatrice. Dans un ouvrage consacré au problème général des limitations susceptibles d'affecter la révision d'une loi fondamentale<sup>1</sup>, Hans Haug pourfend l'intangibilité de principe reconnue par d'aucuns aux dispositions ayant pour objet la révision de la constitution<sup>2</sup>. On ne peut parler de "révision" de la constitution, estime-t-il, que si celle-ci s'opère dans la légalité. Ce n'est le cas ni du détournement de sens d'un texte constitutionnel (Verfassungswandlung) opéré par une interprétation fallacieuse de celui-ci<sup>3</sup>, ni d'une rupture constitutionnelle (Verfassungsdurchbrechung) occasionnée par l'interprétation détournée au profit d'un groupe ou

<sup>1</sup> HAUG H., Die Schranken des Verfassungsrevision, Zurich, Schulthess et Co, 1947.

<sup>2</sup> HAUG H., op. cit., chapitre VI, pp. 170-175 dans lesquelles il critique notamment les arguments de GIACOMETTI et de NEF.

<sup>3</sup> HAUG H., op. cit., p. 166.

d'un particulier, d'une disposition générale de la constitution<sup>1</sup>, ni, enfin, de sa transgression (Verfassungsüberschreitung) systématique par un des organes du pouvoir qui ne respecterait plus l'ordre des compétences<sup>2</sup>. Parce qu'ils ne sont pas légaux, ces procédés ne peuvent être rangés parmi ceux qui relèvent de la révision de la constitution qui est "légale ou qui n'est pas"<sup>3</sup>. De là vient que les dispositions qui concernent la révision d'une constitution, loin d'être des limites, sont au contraire le fondement de l'opération même de révision puisqu'elles l'inscrivent dans la légalité et donc dans la juridicité en général. Ainsi en est-il de l'article 121 de la constitution fédérale qui reconnaît la validité de l'initiative populaire à certaines conditions ou de la disposition qui entend sauvegarder l'unicité de l'objet reçu<sup>4</sup>. La finalité des dispositions de révision est tout autre : ce sont elles qui instituent comme tel le pouvoir de réviser<sup>5</sup>. Cela ne signifie pas cependant qu'elles soient éternelles. Il faut, à cet égard, rejeter les arguments de type normologique, de Giacometti par exemple, qui estime que l'éternité de ces dispositions vient de ce qu'en instituant le pouvoir de révision, celui-ci ne pourrait pas, en les modifiant, ne pas saper ses propres assises juridiques<sup>6</sup>. Le jusnaturalisme de Hans Nef n'est guère plus satisfaisant, qui recourt à la norme de droit naturel pour assurer les principes de l'intangibilité de la légitimité démocratique<sup>7</sup>. La soumission du pouvoir constituant dérivé à des impératifs "supérieurs" n'est jamais qu'une sorte d'auto-limitation; en aucun cas, elle ne saurait être absolue. A l'instar des

1 HAUG H., ibid., pp. 166-167.

2 HAUG H., ibid., p. 168.

3 HAUG H., op. cit., p. 169.

4 HAUG H., ibid., p. 169.

5 Voy. les développements consacrés par le même auteur au chapitre V, pp. 156 sq.

6 HAUG H., ibid., pp. 170-171.

7 HAUG H., ibid., pp. 171 sq.

dispositions de révision, les limites qui peuvent s'imposer à lui sont obligatoires, mais pas éternelles<sup>1</sup>.

La solution est ailleurs et nécessite qu'on emprunte une autre voie : celle de l'appréciation de la conformité formelle et de la conformité (Richtigkeit) matérielle de la constitution.

Tels sont les fondements véritables d'une doctrine des limitations constitutionnelles et ainsi les jalons indispensables à l'étude des pouvoirs de l'Etat<sup>2</sup>.

En quoi précisément cette exigence diffère-t-elle de l'hypothèse évoquée dans la section consacrée au droit naturel ?

La supériorité, tout d'abord, de l'éthique par rapport au droit positif ne provient nullement d'une "transcendantalité" quelconque ou de l'impossibilité d'en faire l'expérience. L'éthique a, avec le droit, un but commun : celui de régler concrètement le comportement social des homes. Cependant, alors que le droit de l'Etat peut réaliser cette fin par l'usage de la contrainte, les pouvoirs de l'éthique sont davantage limités; en revanche, elle peut être concernée par des situations qui restent étrangères au droit en raison de leur non-manifestation (c'est ce qu'on appelle souvent la réserve du "for interne"). L'éthique, en ce sens, définit les valeurs d'une société : bien commun, justice, équité,

---

<sup>1</sup> "Eine Bindung der Revisionsgewalt an die Verbotsbestimmungen kann es nur im beschriebenen Sinne der Selbstbindung, also nicht absolut, sondern nur relativ geben; die Verbotsbestimmungen sind wie die Revisionsbestimmungen verbindliche, aber nicht ewige, unumstössliche Vorschriften" (Hans HAUG, op. cit., p. 183).

<sup>2</sup> HAUG H., op. cit., pp. 184-189.

égalité, ..., en assumant les particularités locales et temporelles de chacune d'elles. On distingue parfois aussi un moment particulier de l'éthique : son pôle "social". Il s'agirait des réalités économiques, des affects politiques, de l'effet exercé par certaines contraintes naturelles (climat, relief, géologie, ressources) et qui forment l'étoffe de la société pour laquelle des règles de vie sont nécessaires.

Hans Haug appelle l'ensemble de ces intérêts sociaux les "Realien"<sup>1</sup>, terme difficilement transposable en français mais dont l'étymologie est assez évocatrice, semble-t-il. En tout cas, il faut se garder d'une vision trop unilatérale de la notion de "conformité matérielle" du droit constitutionnel, comprise par une seule référence au concept formel de Justice. La conformité matérielle du droit constitutionnel interne réside, dès lors, dans le respect de l'unité dialectique entre l'idéal de Justice (comme vertu régulatrice) et les impératifs matériels concrets (les "Realien")<sup>2</sup>. La différenciation de ces deux branches de l'éthique autorise Haug à qualifier la première d'absolue : la Justice, parce qu'elle doit fournir un contenu au droit, est une valeur en soi, détachée des servitudes matérielles prises en charge, elles, par l'autre pôle, les "Realien", dont le contenu, bien sûr, est largement variable<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> HAUG H., op. cit., pp. 206 sq.

<sup>2</sup> SCHINDLER D., Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich, 1950 (3), p. 35.

<sup>3</sup> HAUG H., op. cit., p. 207.



## § 2. Le concept de Justice

### a) La définition formaliste

La justice ou l'injustice peuvent toutes deux caractériser l'ordre constitutionnel et l'activité du pouvoir constituant d'un Etat. Les publicistes formalistes estiment même que sinon la recherche de validité de l'ordre juridique proprement dit serait sans signification<sup>1</sup>. Cependant, le seul critère de la justice est, selon eux, la Justice elle-même : l'idée de justice est indémontrable car elle ne peut être décortiquée ni donc enfermée dans une définition analytique. Elle n'est pas une norme mais une idée formelle dont la connaissance immédiate est, au sens strict, inconcevable. La justice donne seulement des clés en vue d'une découverte des normes<sup>2</sup>.

Dans son ouvrage "Gleichheit und Gerechtigkeit", Hans Nef fonde sa recherche sur une analyse du concept d'égalité. L'égalité est relative : "Toutes les choses qui, d'un certain point de vue, sont égales, apparaissent inégales d'un autre"<sup>3</sup>. "Les hommes", en particulier, "sont d'un côté égaux, et d'un autre inégaux"<sup>4</sup>. L'essence de la justice, affirme alors l'auteur, c'est d'engendrer des comportements favorisant l'égalité<sup>5</sup>. Une juste égalité

1. BURCHARDT W., Method und System des Rechts, Zürich, 1936, pp. 187 sq.; STAMMLER R., Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1926 (2), pp. 77, 84, 153 sq.; NEF H., Gleichheit und Gerechtigkeit, pp. 25, 40, 87, 134 sq.

2. BURCKHARDT W., op. cit., pp. 187 sq.

3. NEF H., op. cit., p. 25.

4. NEF H., ibid., p. 40.

5. NEF H., ibid., pp. 87, 118.

consiste dans la répartition équitable des biens; une juste inégalité, dans une répartition équitable de l'inéquitable, c'est-à-dire des comportements contraires à l'égalité<sup>1</sup>. La difficulté, certes, consiste à savoir quand et comment une situation particulière sera régie selon un procédé juste tendant à l'égalité ou à l'inégalité. Selon Nef, la réponse ne peut être livrée par le principe de justice lui-même. Tout dépendra de la position que l'on prendra par rapport à l'égalité ou à l'inégalité. Le choix de celle-ci est historiquement variable mais étranger, en tout état de cause, à l'urgence de justice<sup>2</sup>. La Justice ne dit rien sur ce point et cède sa place à d'autres valeurs<sup>3</sup>. Burckhardt comme Nef donnent une définition tout à fait formaliste de la Justice au point d'ailleurs de la sacrifier quasiment dès qu'il s'agit d'envisager ses rapports avec le droit positif<sup>4</sup>.

#### b) La justice matérielle

Plusieurs constitutionnalistes se sont insurgés contre cette définition abstraite et, on l'a vu, inopérante de la Justice. Celle-ci est bien une norme, l'étalon de valeur matériel à la source de toute obligation juridique. C'est elle qui engendre les valeurs dans le droit et répartit les valeurs dans la vie. On comprend, dès lors, l'autorité particulière à laquelle elle soumet le premier législateur de l'Etat : le constituant. Certes, les valeurs ont une essence idéale; indépendantes de la réalité et de ses contingences, elles sont aussi absolues<sup>5</sup>. La connaissance des valeurs, cependant, est objective et s'opère intuitivement; ceci

<sup>1</sup> NEF H., ibid., p. 101.

<sup>2</sup> NEF H., ibid., p. 107.

<sup>3</sup> NEF H., ibid., p. 106.

<sup>4</sup> Dans ce sens, HAUG H., op. cit., p. 214.

<sup>5</sup> HARTMANN N., Ethik, en particulier pp. 133 sq.; SCHELER M., Der Formalismus in der Ethik und die materiale Westethik, 1927, 3e édit.

explique la diversité des opinions au sujet des valeurs. Il faut pourtant tenter de préciser le contenu des valeurs afin d'en assurer le respect.

C'est pourquoi, à l'instar des thèses jusnaturalistes, les avocats de l'éthique concrète préconisent-ils la souveraineté absolue de la sphère des valeurs.

Pourtant, et la différence est remarquable, ils refusent de les rattacher au domaine de l'être (Sein); les valeurs ressortissent exclusivement du secteur de l'obligation (Sollen).

### § 3. Les "Realien". L'application au droit constitutionnel suisse

Hans Haug suggère d'identifier les secteurs de la constitution qui seraient particulièrement sensibles à l'impact du donné matériel et historique concret que sont les nécessités vitales précédemment énumérées. Le constitutionnaliste en repère deux : celui qui concerne la forme de l'Etat et sa structure politique; celui aussi de son organisation économique. On ne peut manquer de s'étonner devant le cheminement de Haug qui, au terme d'une étude méticuleuse et patiente, trouve, grâce à l'hypothèse des "Realien", une solution à l'absence, dans le droit helvétique, de limites matérielles au pouvoir de réviser la constitution. L'auteur, en effet, se fonde sur cette hypothèse, pour en mentionner deux et combler ainsi le silence des textes juridiques : la démocratie, d'une part, et le fédéralisme, ensuite, sont les deux impératifs juridiques que le titulaire du pouvoir de révision ne peut modifier sous peine de bafouer simultanément les nécessités vitales de la société dont il est responsable. Ainsi, le constituant dérivé qui ne respecterait pas les principes du fédéralisme

et de la démocratie nierait le droit lui-même en se heurtant à la limite absolue qu'est la Justice<sup>1</sup>. Il reste que la thèse de Haug suscite une difficulté majeure : Haug répond-il, en effet, par sa théorie, à la question des limitations du pouvoir de révision d'une constitution ?

L'hypothèse des "Realien" ne résout-elle pas plutôt celle qui concerne les contraintes affectant n'importe quel Etat soucieux de se donner une organisation politique efficace ? C'est plutôt la naissance et la permanence de l'Etat suisse qui sont tributaires des nécessités vitales dont les données juridiques seraient le fédéralisme et la démocratie. Du strict point de vue de la doctrine des limites, la réponse de Haug est insatisfaisante. Pourquoi opposer ainsi l'"être-en-soi" des valeurs ("An-sich-seiende Werte") aux réalités historiques comme si la réalité constitutionnelle (c'est-à-dire la constitution située dans l'histoire "Verfassungsgesetz") ne savait, elle, être juste (richtig) alors que seule la constitution (dans un sens absolu, c'est-à-dire, la "Verfassung") peut briguer cette qualité ? La dialectique des valeurs (absolues) et de la réalité située, proposée par Haug, ne permet pas de comprendre le sens et la signification véritables que prendraient le fédéralisme et la démocratie en tant que limites touchant spécifiquement la révision de la loi fondamentale suisse.

---

<sup>1</sup> "Eine Verfassung, die das Unrecht einführen will, stösst auf die Absolute Schranke der Gerechtigkeit" cité par EHMKE H., Grenzen der Verfassungsänderung, op. cit., p. 77.

#### S 4. La critique de l'hypothèse

La plupart des thèses défendues en droit public au sujet de l'éthique considérée comme un ordre normatif hétérogène mais régulateur du droit constitutionnel interne manquent de rigueur et de clarté. Paraphrasant souvent des propos philosophiques, parmi les plus usés, ils ne construisent pas de théorie originale ni surtout, et cela est plus important, véritablement juridique. Le défi relevé par Haug et sa tentative de résoudre la question des limites au pouvoir de réviser une constitution par le détournement de l'éthique ne sont guère plus concluants. A l'instar du droit naturel, il faut admettre que l'ordre éthique ne peut imposer des limites matérielles adéquates et spécifiques au pouvoir constituant. Les motifs diffèrent sans doute : on ne saurait imputer aux défenseurs de l'éthique sociale d'avoir considéré comme un ordre immuable le domaine de la morale. Un autre vice affecte cependant ce courant doctrinal : la question résolue n'est pas celle des limites touchant la révision d'une constitution. Cette tendance constate seulement qu'il existe un problème éthique dans l'acte d'élaboration (originale ou dérivé) d'une loi fondamentale; et il semble confondre cette constatation avec la quête qu'il s'était proposé d'effectuer : celle de l'impérativité inhibitrice de l'ordre éthique pour l'activité constituante.

### CHAPITRE 3. LES LIMITES MATERIELLES HETERONOMES DEDUITES D'UN AUTRE ORDRE JURIDUE

#### INTRODUCTION. LES EFFETS CONTRAIGNANTS D'UN ORDRE JURIDIQUE HETERONOME SUR L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTI- TUANTE. L'EXPOSE DE LA PROBLEMATIQUE

L'insertion dans le texte constitutionnel de limites matérielles au pouvoir de la réviser est une des techniques auxquelles recourent les constituants en vue de garantir une plus grande rigidité (voire la rigidité absolue) à certaines normes et, notamment, à celles qui touchent aux droits fondamentaux des citoyens ou qui précisent la forme du gouvernement de l'Etat. Qu'elles soient considérées comme absolues (l'empêchement ne pouvant être contourné par aucune voie de droit) ou relatives (la procédure serait seulement aggravée et la modification effectuée en deux temps<sup>1</sup>), elles sont mentionnées expressément dans les règles fondamentales de l'Etat, appartiennent au droit positif matériel de celui-ci et relèvent exclusivement de sa souveraineté intérieure.

En l'absence de pareilles dispositions ou pour compléter certaines lacunes, une doctrine s'est lentement édifiée qui préconise l'existence de limites implicites ou immanentes au pouvoir de réviser et même d'élaborer la constitution. Celles-ci ne figurent pas parmi les règles contraignantes édictées par le constituant

---

<sup>1</sup> On rappellera la discussion à propos de la portée de l'article 139 de la constitution italienne de 1947 et les interprétations favorables à la thèse d'une abrogation possible de l'article en question, suivie ensuite de la réforme proprement dite.

mais résultent d'une déduction prétorienne, laquelle s'appuie directement sur l'interprétation de l'ordre juridique interne, à moins qu'elle ne s'en remette à l'autorité - extérieure - d'un ordre normatif non juridique.

Le deuxième titre de cette partie était consacré à l'examen des thèses soutenant que l'opération constitutionnelle peut être irrégulière soit parce qu'elle a enfreint des principes constitutionnels essentiels (mais non explicitement protégés), soit parce qu'elle s'est opposée aux règles fondamentales du droit naturel ou de l'éthique. En supposant effacées les objections qu'on peut soulever contre elle, l'hypothèse des limites autonomes tacites s'apprécie, en définitive, comme la précédente, du point de vue de l'autonomie juridique de l'Etat de son émergence.

La fonction constituante peut-elle s'accomplir dans la seule perspective de l'ordre juridique où elle s'exerce ? Ne faut-il pas envisager que des limites matérielles l'atteignent aussi en raison de son appartenance à un réseau d'ordres juridiques distincts mais pas totalement étanches ? On propose, dans le chapitre trois, de réfléchir à une troisième catégorie d'interdictions qui entraveraient ainsi l'ordre constitutionnel interne soit en raison de sa subordination partielle à un autre ordre juridique (sections 1 et 2), soit en raison des rapports de droits qui caractérisent son insertion dans l'ordre juridique international (section 3). On pourra soulever que cette troisième hypothèse de soumission constitutionnelle est d'une autre nature que les précédentes. Il est vrai, certes, qu'elle ouvre le champ d'investigation à un secteur que la doctrine classique des limites matérielles a peu ou pas exploré. On montrera cependant qu'il complète la nomenclature que l'on a entrepris de faire et que, plus essentiellement, il touche directement à la question de la responsabilité de l'exercice de la fonction constituante telle qu'elle doit être comprise aujourd'hui.

Il apparaîtra encore que l'objectif de ces limitations et leurs conditions de validité répondent à des critères différents que les deux premières figures décrites.

La théorie développée dans la deuxième partie explique les raisons de ces divergences tout en révélant pourquoi le principe d'une responsabilité juridique de la fonction constituante fait se rencontrer des trois types de limitation. Retenons, à ce stade de l'exposé, que c'est la nature du lien d'allégeance entre l'ordre juridique étatique et les autres qui détermine l'originalité de chaque hypothèse de soumission décrite dans le chapitre trois de ce deuxième titre. La variété des hypothèses ne doit pas cacher la question commune qui les rassemble : à quel titre l'exercice de la fonction constituante accomplie dans un Etat peut-il subir des contraintes découlant de sa coexistence avec d'autres ordres juridiques ?

#### **SECTION 1. LA DELEGATION DU CONTROLE DE L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTITUANTE PAR UN ETAT A UN AUTRE ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE**

L'éventualité d'une délégation du contrôle de l'exercice de la fonction constituante par un Etat à un autre peut paraître étonnante au vu de la prétention la plus caractéristique des Etats contemporains : celle de leur souveraineté. Ainsi décrite, cette forme de soumission à un Etat tiers ne s'accompagne-t-elle pas



d'un abandon d'une part de la souveraineté étatique<sup>1</sup> ? L'hypothèse se révélerait intéressante, surtout si elle se vérifiait pratiquement. Deux cas peuvent être mentionnés, même si le second est entré récemment dans l'histoire, depuis le rapatriement de la constitution canadienne, le 17 avril 1982<sup>2</sup>.

Ils découlent tous deux du statut de Westminster par lequel le Royaume-Uni accorda, en 1931, la souveraineté politique au Canada et à l'Australie, deux membres du Commonwealth. C'est en 1931 que furent introduits dans le Commonwealth of Australia Constitution Act de 1900 huit articles qui atténuaient certains effets de cette nouvelle indépendance. Ceux-ci prévoyaient, en effet, qu'aucune modification constitutionnelle ne pourrait s'opérer sans l'assentiment du Parlement de Londres.

Il semble que l'Australie se soit jusqu'ici montrée satisfaite de cette procédure qui, en dépit de sa lourdeur, permet aux différents Etats-membres de l'Etat fédéral de trouver dans l'Assemblée de l'ancienne mère-patrie un arbitre plus impartial des conflits locaux<sup>3</sup>.

L'article 7 du même statut de Westminster organisait une tutelle semblable exercée par le Parlement britannique sur la constitution canadienne<sup>4</sup>. L'article deux du British North America Act

<sup>1</sup> Voy. BISCARETTI di RUFFIA P., "Sull'"agganciamento" ad altri ordinamenti giuridici di taluni "limiti" della revisione costituzionale", in Studi di Diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi, Milano, A. Giuffrè, 1952, p. 24.

<sup>2</sup> Sur le cadre constitutionnel nouveau résultant de la loi constitutionnelle de 1982, voy. BEAUDOIN G.A., Le partage des pouvoirs, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1982 (2), not. pp. 1-4.

<sup>3</sup> Dans ce sens, l'ouvrage de MAUGHAM, DRUMMOND, SPENCER et BLAND, Constitutional Revision in Australia, Sydney, Butterworth, 1944.

<sup>4</sup> OLLIVIER M., Problems of Canadian Sovereignty, Toronto, Canada Law Book Company, 1945, pp. 335 sq.; HOGG P.W., Constitutional Law of Canada, Toronto, The Carswell Company,

de 1949 accorda la compétence de révision de ce dernier aux organes législatifs fédéraux du Canada, le Parlement anglais se réservant le droit d'approuver les amendements à la requête du gouvernement ou du Parlement d'Ottawa. Sans doute, est-ce la présence d'une minorité de citoyens francophones concentrés, pour la plupart, dans la province du Québec qui justifia, en partie, le maintien jusqu'à une date récente de la supervision de l'ancien constituant d'Outre-mer.

La province du Québec appréhendait d'ailleurs et lutta pour différer le jour de l'extinction de cette tutelle, symbole pour elle (en dépit du paradoxe) de la garantie de son identité toujours menacée par l'engloutissement anglo-saxon <sup>1</sup>.

Ces deux formes particulièrement originales de subordination constitutionnelle à un autre Etat présentent ainsi, à certains égards, les traits d'un engagement consenti, par la raison sinon par le coeur, dans le chef des Etats subordonnés.

La soumission, en effet, à un Etat tiers garantit à l'Australie et garantissait au Canada le respect d'un équilibre intérieur parfois précaire, grâce à l'arbitrage efficace exercé par le pouvoir législatif britannique qui n'admettrait ou n'aurait consenti à aucune modification constitutionnelle bafouant l'ordonnancement fondamental des deux ordres juridiques.

---

<sup>1</sup> 1977, pp. 20 sq.  
GERIN-LAJOYE, Constitutional Amendment in Canada, Toronto, University Press of Toronto, 1950; TEDESCHI N., "Les amendements constitutionnels au Canada dans les rapports du Pouvoir fédéral et du Pouvoir provincial", in Revue internationale de droit comparé, 1951, p. 445; BRACHET B., "Canada. La crise du fédéralisme canadien et le problème québécois", in R.D.P., 1972, n° 2, pp. 303-324; TRUDEAU P.E., "Lettre sur le Québec et la charte des droits", in Le Monde, 31 mars 1982, p. 5.

L'expression de "délégation du pouvoir de révision constitutionnelle faite à un autre Etat par l'ordre juridique d'un des deux membres d'un Dominium", suggérée par le Professeur Wengler<sup>1</sup>, décrirait assez bien l'hypothèse ici envisagée si elle n'exagérerait pas la portée de cette délégation en évoquant celle du "pouvoir de révision" tout entier, au risque de la comprendre alors comme un abandon de souveraineté, alors qu'en réalité il serait plus exact de parler d'une délégation du contrôle du pouvoir de révision faite à un autre Etat. Alors que la majorité des Etats fédéraux prévoient un arbitrage exercé par une cour constitutionnelle interne, l'Australie et, jusqu'il y a peu, le Canada avaient opté pour un contrôle préalable des modifications constitutionnelles sous l'égide d'un Etat tiers. L'originalité de cette formule ne devrait pas échapper à ceux qui contestent l'impartialité d'un contrôle juridictionnel ou politique interne, même si elle ne suffit pas, c'est sûr, à résoudre toutes les difficultés institutionnelles susceptibles de surgir dans les Etats fédéraux.

## SECTION 2. LA SUBORDINATION DE L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTITUANTE DE L'ETAT MEMBRE A LA CONSTITUTION DE L'ETAT FEDERAL

La subordination de l'exercice de la fonction constituante accomplie dans un Etat membre aux conditions par la constitution de l'Etat fédéral est souvent présentée comme l'un des corollaires de cette forme d'organisation étatique.

---

<sup>1</sup> WENGLER W., "Die Rechtliche Natur des Commonwealth", in Deutsche Rechts-Zeitschrift, 1950, p. 99.

Les études sur le fédéralisme sont nombreuses<sup>1</sup>. Le droit public cerne assez malaisément l'essence même de cette forme d'organisation politique dont, il est vrai, la diversité des visages rend difficile l'effort de systématisation. Parmi ces hésitations, on en trouve une qui concerne particulièrement le problème évoqué dans ce chapitre. La collectivité politique fédérée jouit-elle, à l'égard de l'ensemble des autres ordres juridiques existants, d'une autonomie juridique politique véritable, c'est-à-dire de la souveraineté ? Les constitutionnalistes les plus éminents se montrent réticents devant la radicalité de cette thèse. Ainsi, selon le professeur Delperée, "la souveraineté de l'Etat est entière et non partielle. Les phénomènes de décentralisation ou de fédéralisme qui peuvent affecter l'aménagement des structures de

---

<sup>1</sup> Voy. not. :

- Analyse politique : HOETJES Dr.J.B.S., "Federaties en Federalisme", in Res Publica, 1978, n° 4, pp. 564 sq.
- Etudes juridiques : BOWIE R.R. et FRIEDRICH C.J., Etudes sur le fédéralisme, Paris, L.G.D.J., 1961-1962, 2 vol.; BURDEAU G., Traité de science politique, t. II, L'Etat, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 347 sq.; DELPEREE F., Droit constitutionnel, t. I, Bruxelles, Larcier, 1980, srтт. n° 241-259; FRIEDRICH C., Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique, Bruxelles, Institut de sciences politiques, 1971; PERIN F. et PLUYMEN A., "Primauté du droit fédéral : "Bundesrecht bricht Landesrecht"", in Journal des tribunaux, 1983, pp. 17-21; SAWER G., Modern Federalism, Londres, Watts and Co Limited, 1969, 204 pp.

l'Etat ne conduisent pas à un morcellement de la souveraineté entre la collectivité étatique - seule souveraine - et les collectivités particulières"<sup>1</sup>. Plus loin encore dans le même ouvrage, il précise que "l'Etat de forme unitaire ou de forme fédérale reste un Etat unique (...) l'"Etat d'Etats" est, en droit, un non-sens. L'autorité étatique ne saurait, en même temps, se trouver d'un côté et de l'autre"<sup>2</sup>. Cette conception des choses suit, en fait, les grandes tendances de la théorie kelsénienne de l'Etat de droit et de l'indivisible souveraineté politique et juridique qui le caractérise fondamentalement (en raison, précisément, de l'unicité de la "Grundnorm", fondatrice de l'ordre juridique, c'est-à-dire, pour Kelsen, de l'Etat). On pourrait cependant objecter que, dans un Etat fédéral, une manière d'autonomie politique, mais aussi juridique, doit être reconnue à chaque Etat fédéré et qu'à la différence de l'Etat unitaire décentralisé, elle ne peut s'analyser comme l'octroi par l'Etat fédéral d'une parcelle de sa souveraineté aux collectivités locales. On préconiserait ici le principe d'une coexistence de la souveraineté de l'Etat central et de celle des différents Etats membres, fondé sur une théorie pluraliste des rapports entre les ordres juridiques<sup>3</sup>. Certes, et ce point est délicat, cette coexistence définit un mode d'allégeance particulier entre l'ensemble des membres de l'Etat fédéral. L'allégeance est double en effet : horizontale

<sup>1</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 186, p. 298.

La même thèse est soutenue par la majorité de la doctrine suisse qui relativise ainsi la portée des articles 1 et 3 de la constitution fédérale partant des cantons "souverains" ou des articles 3 et 5 se référant à la "souveraineté" cantonale (voy. par ex., BRIDEL M., Précis de droit ..., op. cit., pp. 111-112).

Voy. aussi SAWER G., op. cit., pp. 1-2.

<sup>2</sup> DELPEREE F., op. cit., n° 243, p. 432.

<sup>3</sup> Sur ce point, RIGAUX F., "Le droit au singulier et au pluriel", in R.I.E.J., 1983, pp. 17 sq.

DUMONT H., "Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ?", in Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Bruxelles, F.U.S.L., 1983, p. 173.

(dans la mesure où chaque Etat doit respecter la souveraineté de l'autre) et verticale (puisque chaque Etat doit respecter spécifiquement la souveraineté de l'Etat central qui représente la Fédération). Ce statut spécial oblige souvent le constituant fédéral à imposer aux Etats membres des limites à l'exercice du pouvoir constituant originaire et dérivé de chacun d'eux.

Celles-ci tendent essentiellement à créer et maintenir une certaine homogénéité de structures entre les divers partenaires et à assurer, en outre, à tous les citoyens de l'organisation la garantie d'un minimum de droits subjectifs. Parmi le premier type de dispositions, on retrouve celles qui limitent la liberté de choix pour les Etats de la forme de leur gouvernement. On pourrait citer :

- l'article 4, section IV, de la constitution des Etats-Unis de 1867 qui prévoit, en termes laconiques, que les Etats adopteront un gouvernement de "forme républicaine". La jurisprudence de la Cour Suprême a donné de cet article une interprétation fort restrictive refusant, par exemple, d'y voir l'obligation d'accorder le droit de vote aux femmes ou la possibilité d'adopter l'institution du référendum<sup>1</sup>.
- l'article 6 de la constitution helvétique de 1848 qui stipulait une "forme républicaine, représentative ou démocratique" et des constitutions "approuvées par le peuple et révisables à la requête de la majorité absolue des citoyens"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voy. not. CORWIN E., The Constitution and what it means Today, Princeton University Press, 1948, Xe édit., p. 142; BEARD, American Government and Politics, New York, 1949, p. 9.

<sup>2</sup> FLEINER F. et GIACOMETTI Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich, 1949, pp. 55 sq.

- l'article 17 de la constitution de Weimar de 1919 qui prévoyait que chaque Land s'organise selon un mode républicain "Freistaatlich"). En outre, "les représentants du peuple doivent être élus au suffrage universel direct et secret, selon le principe du scrutin proportionnel, par tous les citoyens, hommes et femmes, appartenant au Reich (...)"><sup>1</sup>.
- l'article 28 de la constitution de Bonn de 1949 selon lequel "l'ordre constitutionnel des Länder doit répondre aux principes de l'Etat de droit, républicain, démocratique et social, conformément à l'esprit de la Loi fondamentale. Dans chaque Land, district ou commune, le peuple sera représenté par des élus désignés au suffrage universel, direct, libre, égal et secret".

Un deuxième type de limites énonce souvent un ensemble de droits qui doivent être respectés par l'Etat fédéral ainsi que par chaque Etat membre.

Ainsi, l'article 28 paragraphe 3 de la constitution de Bonn de 1949 stipule-t-il que : "La république fédérale garantit que l'ordre constitutionnel des Länder respecte les droits fondamentaux" (énumérés dans la première partie de la constitution) et "les paragraphes 1 et 2 du présent article". L'efficacité des limites ainsi imposées est assurée en général par deux procédés: le premier s'autorise de l'application du principe de la hiérarchie des normes, conçue dans le domaine de la législation concurrente selon l'adage "Le droit du Land cède devant celui de l'Etat

---

<sup>1</sup> ANSCHÜTZ G., Die Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin, 1928, 7e éd., p. 84.

fédéral". Une autre technique peut affirmer et renforcer la première : celle du recours (a posteriori) à la cour fédérale qui, en annulant les normes internes des Etats non conformes aux dispositions fédérales, censure les inconstitutionnalités<sup>1</sup>.

L'étude de la génération et du fonctionnement du système des limites susceptibles d'entraver l'exercice de la fonction constituante des Etats-membres d'une fédération conduit à poser, sous forme de questions, quelques hypothèses susceptibles d'affiner les descriptions de l'Etat fédéral données par le droit public classique.

Et d'abord, il faut s'interroger sur le nombre d'ordres juridiques en présence dans un Etat de ce type : sont-ils de deux, de trois, ou encore d'un seul ? Dans une perspective kelsénienne, il ne saurait être question que d'un seul type d'ordre juridique : celui qui crée la norme fondamentale source de tout droit, mais aussi de l'Etat, lequel est par essence une réalité juridique. Que la souveraineté de l'Etat soit indivisible signifie, bien sûr, qu'aucun mode d'organisation politique de celui-ci (y compris la fédération) ne peut porter atteinte au principe sans saper les bases de son assise ; à cela s'ajouter l'argument tiré de l'unicité juridique de la souveraineté de l'Etat : il n'y a d'ordre juridique qu'étatique et les compétences normatives des Etats fédérés relèvent de la hiérarchie étatique. Si l'on abandonne la représentation pyramidale de Kelsen, on peut se demander si, en réalité, l'originalité juridique de l'Etat fédéral ne vient pas de la coexistence de deux types d'ordres juridiques distincts : l'ordre normatif issu de l'Etat central, d'une part, et celui, autonome, produit par chacun des Etats fédérés, d'autre part. On avancerait ainsi un argument supplémentaire pour différencier ce

---

<sup>1</sup> Voy. sur ce point, par ex. à propos de la République fédérale d'Allemagne, FROMONT Michel, "Le juge constitutionnel", in Pouvoirs, 1982, n° 22, pp. 41 sq.



mode d'organisation politique de celui de l'Etat unitaire décentralisé. Du point de vue de celui-ci, c'était le cas de la Belgique des neuf provinces de 1831 à 1970, le droit produit par les collectivités locales (communes et provinces) ne saurait former un ordre juridique distinct de celui de l'Etat central, en raison du contrôle de tutelle (préventive, répressive et substitutive)<sup>1</sup> qu'il exerce sur celles-ci.

L'absence de souveraineté politique dans le chef des collectivités décentralisées implique l'inclusion des normes locales dans le dispositif juridique général de l'Etat et leur complète solidarité structurelle avec lui. En revanche, peut-on dire que la reconnaissance au sein de l'Etat fédéral, de deux types d'ordres normatifs différents autorise à conclure que deux types de souverainetés concurrentes y coexistent ? Une objection appert aussitôt, qui vient de ce que l'autonomie des collectivités politiques fédérées est toujours relative puisqu'elle dépend des attributs essentiels qui lui sont conférés par la constitution de l'Etat. Parmi eux, il y aurait aussi les limites mises au pouvoir constitutionnel interne de chaque Etat par la loi fondamentale de l'Etat central<sup>2</sup>. Le schéma kelsénien ne serait-il pas plus adéquat alors, qui considère comme unique et invisible la souveraineté de l'Etat central ? Il semble qu'on peut envisager une troisième solution et un autre raisonnement pour tenter de cerner l'originalité du phénomène fédéral. On propose ainsi de dire que la coexistence de deux types d'ordres normatifs qui caractérise la fédération d'Etats ne peut se concevoir pratiquement et théoriquement sans l'adjonction d'un troisième type d'ordre dont la vocation précisément est de structurer les deux autres. Celui-ci serait composé par l'ensemble des normes fondamentales instituant

<sup>1</sup> DELPEREE F., *op. cit.*, n° 218, pp. 370-371; n° 246, p. 437.

<sup>2</sup> Voy. par ex. l'article 6 de la constitution helvétique de 1848 et l'article 28 du B.G.G. de 1949, qui règlent notamment la forme et la structure politique que doivent choisir les collectivités fédérées.

l'Etat central et les Etats fédérés, celles qui règlent la répartition des attributions et des compétences ainsi que les dispositions et les organes chargés de l'exercice du contrôle de la coexistence des Etats. La conception ici défendue permettrait de mieux situer parmi l'ensemble des organes de l'Etat central et des Etats fédérés des institutions telles que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en Allemagne ou même la Cour d'arbitrage, récemment instituée en Belgique. De quel ordre juridique, en effet, faire relever ces juridictions ? Il n'est pas plus correct de les rattacher à l'ordre d'un Etat fédéré (en Allemagne) ou d'une région ou communauté (en Belgique) qu'à celui de l'Etat central : elle doit arbitrer l'activité normative des uns et des autres et trancher les conflits juridiques qui les opposent. Il faut, au contraire, admettre que ces institutions appartiennent à un tiers ordre juridique dont la mission est de structurer la fédération comme l'expression d'une souveraineté politique une et indivisible. A la différence, cependant, du schéma proposé par l'Ecole de Vienne qui donne un privilège hiérarchique à l'Etat central, le schéma proposé ici, d'inspiration "pluraliste", refuse d'attribuer le privilège de la souveraineté à une des entités comme telle qui composent l'Etat fédéral, pour ne la reconnaître qu'à la structure fédérale elle-même : c'est-à-dire à l'ensemble des relations qui existent entre ces ordres distincts mais solidaires. Cet ensemble est l'expression juridique propre d'une souveraineté politique concrétisée par un territoire et une population habitant ses frontières, et qui a fait le choix d'un pluralisme institutionnel et juridique en optant pour une organisation fédérale.

Le propos ne se détourne pas de la question traitée dans cette section. Il permet de préciser la portée de l'hypothèse que l'on s'est proposé d'y décrire : celle de la soumission de l'exercice à la fonction constituante accomplie par l'Etat membre d'un Etat

fédéré. La subordination de ce dernier ne saurait être correctement comprise hors de la perspective pluraliste que l'on soutient pour expliquer les rapports qui se nouent entre les différents membres d'une fédération.

C'est le troisième ordre, l'ordre structurant, qui impose à l'Etat fédéré de respecter certaines normes lorsqu'il exerce ses compétences constitutives. L'Etat fédéré n'est donc pas directement subordonné à l'Etat central. Aucun des deux ne dispose d'un statut juridique particulier qui l'autoriserait à exercer une maîtrise quelconque sur l'autre. Le choix de la forme fédérale implique que le peuple s'est prononcé pour une forme d'exercice pluraliste de la souveraineté : celle-ci est garantie par un ordre juridique tiers, au sens où il structure tous les ordres juridiques appelés à se rencontrer dans la communauté politique. On pourra objecter que ces ordres sont partiels, que leurs compétences sont restreintes ou même que certain (on vise ici l'Etat centrale) jouit d'un pouvoir plus étendu.

L'objection procède d'abord d'une méprise juridique liée au privilège habituellement réservé par la science du droit occidentale au droit de l'Etat. Celui-ci ne saurait produire, à lui seul, l'ensemble des normes susceptibles d'obliger les individus qui y habitent<sup>1</sup>. Aucun ordre juridique, si développé soit-il, ne saurait prétendre à l'exclusivité normative. Ainsi, l'Etat central, au moment où il exerce ses propres compétences constitutives, est aussi soumis au respect des dispositions découlant de l'ordre tiers qui structure la communauté fédérée. Il ne saurait violer

---

<sup>1</sup> Cette description "pluraliste" du phénomène normatif sera amplement développée dans la deuxième partie, infra pp. 353.

impunément les règles d'attribution ou de répartition des compétences telles qu'elles sont définies par l'ordre juridique structurant<sup>1</sup>. Il faut refuser le mouvement centripète caractéristique des théories de l'Etat s'inspirant, de près ou de loin, de la théorie de l'Etat de droit. Même son illustration la plus parfaite chez Kelsen ne saurait faire oublier qu'elle est loin de suffire à expliquer toutes les formes de normativité.

L'objection a ensuite une connotation politique qui ne saurait, pertinemment, énerver les arguments juridiques défendus ici. Certes, les tentations unitaristes de l'Etat central sont parfois très nettes dans certaines fédérations d'Etat<sup>2</sup>.

Le mouvement centripète s'accomplit de facto, constate-t-on. L'utilité, précisément, d'affiner les solutions juridiques proposées pour répondre aux difficultés institutionnelles issues de la coexistence pluraliste de plusieurs ordres juridiques dans une communauté fédérale provient de la nécessité d'aménager les garanties juridiques les plus efficaces et les plus praticables aussi, du respect de la forme d'organisation politique choisie. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe est, pour le droit de la R.F.A., une des garanties institutionnelles. L'article 79 paragraphe 3 de la loi fondamentale constitue aussi une disposition appartenant à ce troisième ordre juridique dans la mesure où il établit, notamment, des limites à l'exercice de la fonction constituante (et en particulier du pouvoir de révision) par l'Etat central, qui protègent le principe de l'organisation fédérale.

- 
- <sup>1</sup> On réserve pour la section suivante l'étude des autres formes de soumission de l'Etat central (comme de l'Etat fédéré) en raison de son insertion dans l'ordre juridique international.
  - <sup>2</sup> Sur ceci, voyez par exemple les analyses faites dans le numéro spécial de la revue "Pouvoirs", consacré à la République fédérale d'Allemagne (op. cit.).

On ne peut justifier par des considérations politiques certaines théories juridiques qui ont peut-être mal répondu aux besoins strictement juridiques découlant de certaines réalités politiques. La théorie juridique ici soutenue à propos de l'exercice de la fonction constituante au sein d'un Etat fédéré contribuera peut-être à relancer les recherches de solutions juridiques théoriquement mais pratiquement aussi surtout plus adéquates.

### SECTION 3. LA SUBORDINATION DU TITULAIRE DE LA FONCTION CONSTITUANTE A L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

#### Aperçu introductif

On n'insistera ni sur le développement ni sur l'importance qu'ont pris, depuis la première guerre mondiale, les relations internationales. De gré ou de force, par conviction ou par nécessité, tous les Etats modernes ont dû, doivent et devront prendre en considération cette interdépendance accrue.

Aux données politiques, économiques et stratégiques du phénomène s'ajoutent des aspects juridiques significatifs et parfois inattendus. La souveraineté juridique de l'Etat, si elle a jamais existé effectivement, subit aujourd'hui de nombreuses limitations en raison de son insertion dans l'ordre international.

Ce débat, souvent théorique, qui oppose les interprétations monistes et dualistes est étranger à l'hypothèse que l'on introduit ici<sup>1</sup>. L'enjeu de cette section répond à un autre objectif : en décrivant la variété des modes qui illustrent l'interpénétration du droit international et des ordres juridiques étatiques, en

---

<sup>1</sup> Sur cette controverse classique, voy. tous les manuels de droit international public et notamment : TRIEPEL H., "Les rapports entre le droit international et le droit interne", in R.C.A.D.I., 1923, I, vol. 23, pp. 77-121; ANZILOTTI D., Cours de droit international privé, traduit en français par G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, pp. 49-65; Kelsen H., "Les rapports de système entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la C.P.J.I.", in R.G.D.I.P., 1962, pp. 160-198; VIRALLY M., "Sur un pont aux ânes : les rapports entre le droit international et les droits internes", in Mélanges H. Rolin, 1964, pp. 488-505; RIGAUX F., Droit public et droit privé dans les relations internationales, Paris, Pédone, 1977, pp. 426 sq.

tendant ensuite d'apprécier leur impact sur l'exercice de la fonction constituante interne, on complète le tableau des hypothèses de limites matérielles hétéronomes qui contribuent à démontrer le principe d'une responsabilité juridique de l'opération constitutionnelle accomplie dans l'Etat démocratique contemporain.

Plusieurs procédés de droit international transforment les données et l'exercice de la fonction constituante sur le territoire même de l'Etat.

Le propos pourra étonner. En effet, la physionomie principalement interétatique du droit international classique a pour fondement le respect de la souveraineté de l'Etat.

Les effets de ce principe sont multiples, parmi lesquels l'autonomie constitutionnelle reconnue aux Etats n'est pas l'un des moindres<sup>1</sup>. La doctrine comme la jurisprudence internationales<sup>2</sup> admettent encore aujourd'hui que la structure du gouvernement ainsi que ses modes d'exercice sont indifférents à l'ordre juridique international. Des réserves doivent pourtant être faites et on montrera précisément comment certaines techniques ont tempéré; depuis plusieurs décennies parfois, la rigueur de ces affirmations.

<sup>1</sup> NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., Droit international public, Paris, L.G.D.J., 1980 (2), n° 307 sq.

<sup>2</sup> Voy. Avis consultatif de la C.I.J. dans l'affaire du Sahara occidental, in Rec., 1975, p. 43 et la pratique en matière de reconnaissance d'Etat et de gouvernements (voy. ZICCARDI CAPPALDO G., Le situazioni territoriali illegittime nel diritto internazionale, Napoli, Editoriale Scientifica, 1977). VERHOEVEN J., La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Paris, Pedone, 1975.

Certes, la diversité des atteintes portées aux prérogatives constitutionnelles internes des Etats va de pair avec les instruments juridiques multiples développés en droit international et l'intensité de chacune d'elles est très variable.

Entre l'adhésion expresse par la constitution interne à la primauté des normes du droit international (sous-section 1) et les règles de droit international impératives s'imposant à tous les membres de la communauté internationale (sous-section 4), il y a place pour une panoplie très vaste de traités internationaux (sous-section 2) ou de formes originales de participation à des organisations internationales (sous-section 3), chacun de ces échelons décrivant un mode spécifique de relation entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international. Les exemples développés dans cette section illustrent ainsi l'un des modes de limitation de l'exercice de la fonction constituante dans l'Etat.



Sous-section 1. L'adhésion expresse par la constitution au  
principe de la primauté des normes du droit  
international

§ 1. L'analyse du procédé

L'insertion dans plusieurs constitutions récentes<sup>1</sup> d'une disposition traitant des rapports de l'ordre juridique interne avec le droit des gens témoigne du développement accru des relations internationales et de la mise en demeure qu'il adresse aux tentatives d'isolationnisme juridique.

L'incorporation du droit international au droit interne par le biais d'une norme constitutionnelle est une figure intéressante mais problématique à plus d'un titre.

On suggère d'exposer les éléments du débat qu'a suscité en République fédérale d'Allemagne l'adoption de l'article 25 de la loi fondamentale : "Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes". "Les règles générales du droit des gens font partie du

<sup>1</sup> Voy. par exemple, l'article 29, 3° de la constitution de la République d'Irlande du 1er juillet 1937; l'article 211 de la constitution birmane; l'article 14 du préambule de la constitution française inséré dans la constitution de 1958; l'article 10 de la constitution italienne du 27 décembre 1947; l'article 25 du B.G.G. en République fédérale d'Allemagne; l'article 9 de la constitution autrichienne; l'article premier de la constitution monégasque de 1962.

droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral". La plupart des constitutionnalistes allemands regrettent le laconisme, voire l'imprécision, du texte de l'article 25 qui conduit à une interprétation incertaine de sa portée<sup>1</sup>.

Déjà, les travaux préparatoires de l'Assemblée parlementaire réunie à Bonn attestent d'une certaine confusion dans les esprits.

A l'expression Allgemein anerkannte Regeln (les règles du droit international généralement reconnues), on préféra celle de Allgemeine Regeln (les règles générales du droit international).

Dans son commentaire de la loi fondamentale, M. Menzel rapporte la vivacité des propos qui émaillèrent le choix du terme Gesetz ou Grundgesetz pour qualifier la place qu'occuperait, dans la hiérarchie interne, le droit des gens<sup>2</sup>.

La généralité du premier, Gesetz, décida finalement de son choix car il préservait mieux la volonté de la majorité des députés désireux de voir affirmée la préséance des règles du droit international sur l'ensemble du droit fédéral - la loi fondamentale comme la législation ordinaire. Il va sans dire que plusieurs auteurs contestèrent pareille interprétation<sup>3</sup>. Négligeant les débats parlementaires, ils s'appuient sur le seul texte de

<sup>1</sup> MAUNZ Th. et DÜRIG, Kommentar des B.G.G., op. cit., pp. 13-14.

<sup>2</sup> MENZEL E., Bonner Kommentar, op. cit., I, zu Artikel 25 B.G.G., pp. 4-5; STUMPF W., Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Artikels 25 des Gg. für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Dissert., 1964, pp. 8-12.

<sup>3</sup> VON MANGOLDT H., "Das Völkerrecht in den neuen Staatsverfassung", in Jahrbuch für Internationales Recht, 1950-1951, pp. 11 sq.; MAUNZ-DÜRIG, op. cit., pp. 13-14.

l'article 25 et sur la clarté du mot Gesetz qui exclut, selon eux, toute extension de la législation ordinaire à la législation fondamentale.

De toute façon, précisent-ils, les règles du droit des gens ne sauraient prétendre à la qualité constitutionnelle puisqu'aussi bien elles n'ont pas été adoptées dans les formes prescrites par l'article 79 pour la loi fondamentale.

La majorité des publicistes allemands ont abandonné aujourd'hui cette conception restrictive de la portée de l'article 25 du B.G.G. et estiment, pour l'essentiel, que les règles du droit international ont un statut au moins équivalent à celui de la Loi fondamentale<sup>1</sup>.

A la lecture de l'article 25 et de ces termes Sie gehen dem Gesetzen vor, on pourrait, en effet, estimer que les règles du droit des gens seraient même supra-constitutionnelles. Certains constitutionnalistes refusent pareille interprétation<sup>2</sup>. D'autres, pourtant<sup>3</sup>, adhèrent à la thèse qui conclut à la supra-constitutionnalité du droit des gens. Cette question est importante car elle a une implication directe sur la doctrine des limites.

Si les règles du droit des gens précèdent, dans la hiérarchie interne du droit de la République fédérale d'Allemagne, les dispositions de la loi fondamentale, il découle de ceci qu'aucune norme constitutionnelle ne saurait adopter un dispositif contraire à l'une de ces dispositions. Cela signifie-t-il que l'article 25 du

<sup>1</sup> CURTIUS C.F., "Völkerrechtliche Schranken der Änderung des Grundgesetzes", in Die Öffentliche Verwaltung, mars 1955, pp. 145-146; WÄSCHE L., Die innerstaatliche Bindung des deutschen Gesetzgeber an die Europäische Konvention zum Schütze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Köln, Dissert., 1971, p. 101; STUMPFE W., op. cit., pp. 54 sq.

<sup>2</sup> WÄSCHE L., op. cit., p. 101.

<sup>3</sup> CURTIUS C.E., op. cit., p. 145.

B.G.G. devrait se combiner avec l'article 79 paragraphe 3 et ajouter ainsi à la liste des limites matérielles s'opposant à la liberté du pouvoir de révision, celle issue de la suprématie du droit international ?

M. Stödter rejette catégoriquement cette éventualité, arguant de la portée strictement limitative de l'article 79 paragraphe 3, lequel n'ayant pas mentionné le droit des gens parmi les règles intangibles ne saurait être "complété" par l'article 25<sup>1</sup>.

M. Carl Curtius estime, par contre, que l'argumentation est caduque. Certes, il eut été préférable que le législateur de Bonn incorpore expressément dans l'article 79 paragraphe 3 les règles du droit international, ce qui aurait, en outre, évité le débat épineux et les constructions douteuses occasionnées par la rédaction imprécise de l'article 25 paragraphe 1. Il aurait été plus logique de réunir dans une seule disposition de la loi fondamentale (en l'occurrence l'article 79) tout ce qui concernait sa révision. Ce défaut rédactionnel ne justifie cependant pas l'interprétation qui reconnaît comme seule source d'intangibilité matérielle l'article 79 du B.G.G.

L'article 25 du B.G.G. se combine, au contraire, avec l'article 79 paragraphe 3 et étend ainsi le système des limites matérielles explicites<sup>2</sup>. La disjonction des articles 25 et 79 a, selon M. Curtius, un mérite au moins : celui d'insister sur la nature hétéronome de la limite tirée du droit international.

L'article 25 du B.G.G. imposerait, lui aussi, une limite matérielle au pouvoir de réviser la loi fondamentale allemande. Il faut encore préciser qu'à son tour, et à l'instar de l'article 79 paragraphe 3, il doit bénéficier de la même intangibilité.

<sup>1</sup> STÖDTER R., "Grundgesetz und Völkerrecht", in Die Öffentliche Verwaltung, 1949, p. 266.

<sup>2</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 145.

On a démontré auparavant comment les publicistes allemands déduisaient l'immutabilité - implicite certes - de l'article 79 paragraphe 3 : selon eux, ce dernier perdrait toute efficacité comme disposition instituant une limite si on pouvait l'abroger par une simple opération de révision. La nature identique de l'article 25 doit donc nécessairement le faire bénéficier du même statut<sup>1</sup>.

Ainsi, l'article 25 de la Loi fondamentale allemande institue-t-il une limite expresse au pouvoir de réviser celle-ci et constitue-t-il une limite tacite autonome au pouvoir de réviser le texte de la loi fondamentale de Bonn. L'exégèse de l'article 25 du B.G.G. serait incomplète si l'on ne rappelait la querelle, apparemment terminologique, qu'il a soulevé lors de son adoption.

Fallait-il reprendre la formule de l'article 4 de la constitution de Weimar qui parlait des règles du droit des gens généralement reconnues (die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts) ou lui préférer une autre - ce qu'on fit : les règles générales du droit des gens (die allgemeinen Regeln des Völkerrechts) ? La première formule réserve aux instances internes le pouvoir de déterminer parmi les règles du droit des gens celles qui sont reconnues en général. La soumission de l'ordre juridique interne est ainsi fortement atténuée qui laisse au juge, au législateur

<sup>1</sup> CURTIUS C.F., op. cit., p. 146; EHMKE H., op. cit., pp. 92; MURSWIEK D., op. cit., pp. 247 sq.

ou au gouvernement le soin de déterminer le domaine du droit international applicable à l'ordre interne<sup>1</sup>. La généralité envisagée, en revanche, dans la seconde expression renvoie immédiatement à l'ordre juridique international et confère ainsi à ce dernier la maîtrise de l'interprétation du contenu normatif. On sait, en effet, la perplexité que suscitent souvent des règles diffuses et parfois rudimentaires engendrées par un ordre juridique aux contours indistincts.

Néanmoins, en adoptant la seconde expression, le constituant allemand a reconnu à l'ordre producteur des normes le droit de déterminer le champ de ses interventions, refusant ainsi d'élaborer un droit international particulier à l'Allemagne<sup>2 3</sup>.

## § 2. La relativité du sens et de la portée de la soumission constitutionnelle au droit international

Le sens et la portée de la reconnaissance par le constituant interne de la primauté du droit international doivent faire l'objet d'une appréciation nuancée. Ou, en effet, l'affirmation procède du constat : le droit international, dans l'esprit du constituant, régit par essence le droit interne et ce dernier doit s'y soumettre nécessairement. Dans ce cas, la disposition constitutionnelle est superfétatoire; la déclaration du constituant revêt

<sup>1</sup> Sur ce point, voyez le commentaire explicite de Anschütz : "Ein Satz des Völkerrechts, der einer ausdrücklicher Vorschrift des deutschen Rechts widerspricht, selbstverständlich kein allgemein anerkannter ist (...)" "Nur eine auch vom Deutschen Reich anerkannte Regel als bindender Bestandteil des deutschen Reichsrechts gelten kann" (in Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Bad Homburg, 1933 (14), commentaire à l'article 4, p. 62).

<sup>2</sup> Dans ce sens, WÄSCHE L., op. cit., p. 101.

<sup>3</sup> Même si la formule Die Regeln des allgemeinen Völkerrechts eût été plus heureuse en définitive.

seulement une coloration politique. Ou, et c'est une deuxième solution, le constituant estime que l'efficacité du droit international est tributaire de l'adhésion volontaire par l'Etat ; le constituant interne serait, en quelque sorte, titulaire du pouvoir "constitutif" du droit international en lui conférant son statut juridique dans le droit interne. Cette interprétation rappelle la thèse du dualisme et du volontarisme enseignée notamment par Triepell<sup>1</sup>.

L'état actuel de la doctrine et davantage encore de la pratique paraissent condamner à l'abandon cette seconde hypothèse. La première n'est guère plus satisfaisante, même si elle respecte mieux les données du problème : elle suppose au moins que deux ordres juridiques autonomes puissent coexister et qu'il faille envisager les conditions de leur interpénétration.

Il faut se demander, et c'est une troisième hypothèse, si la disposition de la loi fondamentale ne se situe pas plutôt au-delà du débat théorique, n'entendant nullement trancher les oppositions doctrinales<sup>2</sup>. L'article 25 serait compatible avec toutes les conceptions théoriques. Parce qu'il doit être considéré comme une clause d'incorporation, on pourra estimer qu'il opère à la manière de la clause transformatrice (ou de réception) d'inspiration dualiste<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Références supra, p. 197, et MAUNZ Th., Deutsches Staatsrecht, Berlin, 1961 (10), p. 273; SCHÜTTE H., Das Bonner Grundgesetz und das Völkerrecht, Heidelberg, Dissert., 1950, p. 7.

<sup>2</sup> Dans ce sens : MENZEL F., op. cit., p. 6; MÜNCH F., "Entscheidungen nationaler Gerichte in Völkerrechtlichen Fragen", in Zeitschrift für ausländischer und öffentliches Recht, 1959-1960, p. 191; PAPADIMITRIU G., Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Berlin, Duncker et Humblot, 1973, p. 62.

<sup>3</sup> Voy. B.Verf.G., vol. 1, p. 233, arrêt du 5 avril 1952.

En revanche, le principe d'une application immédiate des règles du droit international ainsi que la situation privilégiée par rapport à celle des autres règles internes tendraient plutôt à confirmer la notion moniste de suprématie de la règle internationale<sup>1</sup>. L'article 25 ne s'opposerait pas davantage à une interprétation pluraliste qui refuse d'établir une hiérarchie entre les différents ordres juridiques et l'on a déjà annoncé que cette perspective paraissait même la plus satisfaisante d'un point de vue épistémologique.

La portée de cette soumission volontaire est, en outre, d'un intérêt relativement mince encore, à raison du titulaire de l'initiative : c'est l'Etat lui-même et, en l'espèce, le constituant, qui s'engage à respecter le droit international. Même si l'interprétation la plus extensive de l'article 25 du B.G.G. devait être admise, c'est-à-dire la thèse de la supra-constitutionnalité du droit international, et que, dès lors, était reconnu son caractère inhibiteur à l'égard du pouvoir de révision, la subordination ici décrite resterait conditionnelle face à l'ordre international privilégiant le rôle de l'Etat et participerait, en définitive, de la compréhension la plus traditionnelle de sa souveraineté<sup>2</sup>. Ainsi comprise, la subordination constitutionnelle volontaire d'un Etat à l'ordre international semble être une apparence, peut-être même une illusion. Il faut cependant se garder de conclure trop vite. La subordination peut paraître relative, du point de vue interne, en ce qu'elle érode peu l'autorité du

<sup>1</sup> Voy. également B.Verf.G., vol. 1, p. 52; vol. 6, p. 363 : "Die Bestimmung (Art. 25 GG) bewirkt, dass diese Regeln ohne ein Transformationsgesetz, also unmittelbar, Eingang in die deutsche Rechtsordnung finden (...)"; vol. 15, p. 33. Et pour un état de la question en droit allemand contemporain, ROJAHN O., Grundgesetz. Kommentar, Hrsg. J.v.Münch, Bd 2, 1976, commentaire à l'article 25, pp. 116-117.

<sup>2</sup> Dans ce sens, MANN F.A., "Völkerrecht im Prozess", in Juristen-Zeitung, 1950, p. 547; MENZEL E., op. cit., p. 11; MAUNZ Th. DÜRIG, op. cit., chapitre 23.



constituant. En revanche, elle se révèle peut-être plus intéressante envisagée du point de vue de l'effectivité du droit international. En incorporant les règles du droit international, le constituant engage aussi pratiquement les organes étatiques du pouvoir (en particulier le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire) à faire respecter celles-ci à l'aide de tous les moyens de droit dont, aujourd'hui encore, l'efficacité est plus grande que ceux dont dispose l'ordre international.

L'assurance du respect des normes du droit des gens par l'intermédiaire de la contrainte étatique s'avère, théoriquement au moins, une manière de collaboration entre ces deux ordres particulièrement féconde pour l'autorité et l'effectivité de l'ordre juridique international. On reviendra sur ce point dans la deuxième partie de ce travail. En toute hypothèse, il serait dommage que, sous prétexte de respecter le volontarisme qui s'y dessine, on abandonne un éclairage qui dévoilera peut-être une perspective importante pour celui qui considère que le droit international doit veiller à l'efficacité des normes qu'il produit.

Par l'effet de l'immédiateté découlant de la clause constitutionnelle d'incorporation, la règle internationale s'applique en vertu de sa validité, appréciée par l'ordre international seulement et sans qu'aucune intervention des autorités ou du législateur interne ne soit nécessaire. De même, si elle perdait sa validité au plan international, la règle du droit des gens perdrait, par le fait même, son caractère obligatoire sur le plan interne. La disposition constitutionnelle interne d'intégration se soumet ainsi à l'avance aux règles qui émanent de l'ordre juridique international.

Une remarque encore : la loi fondamentale de Bonn a le grand mérite de garantir l'incorporation du droit international qu'elle affirme en répartissant nettement les compétences du pouvoir judiciaire en la matière : l'article 100 du GG en définit les clefs.

Aux tribunaux ordinaires (judiciaires ou administratifs), il revient d'appliquer les règles générales du droit des gens, sous réserve de la procédure incidente de l'article 100 paragraphe 2 qui les contraint à renvoyer la cause à la Cour constitutionnelle si un doute objectif sur l'existence ou la portée de la règle internationale s'est manifesté<sup>1</sup>. Il semble qu'il faille aussi admettre l'application par analogie de l'article 100 paragraphe 1er relatif au contrôle de la constitutionnalité des lois et soumettre ainsi à l'appréciation de la Cour de Karlsruhe l'opposition entre une norme interne et une norme générale du droit international<sup>2</sup>. Il faut reconnaître que la loi fondamentale allemande s'est engagée particulièrement concrètement sur le terrain d'une collaboration avec l'ordre juridique international, même si une étude de la pratique jurisprudentielle atténue cette appréciation qui dévoile les nombreuses résistances à cette incorporation par le truchement d'une série de techniques qui, en définitive, tempèrent toute la rigueur des injonctions faites aux juges<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MANN F., op. cit., pp. 547-548; PAPADIMITRIOU G., Die Stellung ..., op. cit., pp. 104 sq.; B.Verf.GE., Bd 23, p. 319 et plus récemment 2 BvR, 1981, pp. 678-683.

<sup>2</sup> MOSLER H., op. cit., p. 47.

<sup>3</sup> LARDY P., La force obligatoire du droit international en droit interne, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 251-252.

**Sous-section 2. La limitation du pouvoir constituant interne**  
**d'un Etat par les dispositions expresses**  
**d'un traité normatif**

Le droit conventionnel international s'est beaucoup développé au XIXème siècle à la faveur, notamment, de l'autorité acquise à cette époque par le principe d'autonomie de la volonté : le consentement bi- ou multi-latéral confère au traité international sa force juridique.

Parmi les classifications généralement proposées<sup>1</sup> entre les différentes formes de traité, on retiendra ici celle qui oppose le traité normatif au traité constitutif d'organisation internationale. Cette distinction opératoire, dans le contexte de notre recherche, justifie que l'étude des chartes constitutives d'organisations internationales fasse l'objet d'un traitement spécifique<sup>2</sup>.

Le traité normatif est l'objet de cette sous-section en tant qu'il est générateur de comportements particuliers découlant d'un accord ayant acquis force obligatoire.

Parmi les engagements ainsi conclus par voie conventionnelle, certains entament pour l'avenir la souveraineté interne du constituant, en raison du contenu même de l'accord, qui touche aux matières entrant dans les attributions du constituant.

<sup>1</sup> Voy. par ex. NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., op. cit., n° 79.

<sup>2</sup> Voy. par ex. l'article 5 de la convention de Vienne sur les traités qui fait de ces chartes une catégorie homogène de traités.

§ 1. L'interdiction pour un Etat du choix d'une forme de gouvernement ou exclusion d'une famille régnante.

Au terme des dispositions du Traité de Trianon du 4 juin 1920, les puissances alliées victorieuses empêchèrent le nouvel Etat hongrois de restaurer la Monarchie des Habsbourgs, la Hongrie s'obligeant aussi à respecter une forme spéciale de régence confiée à l'amiral Horty.

Un autre traité, toujours en vigueur lui, illustre cette hypothèse : le 17 juillet 1918, la France, craignant de perdre sur la principauté de Monaco l'influence nécessaire au maintien de relations exigées notamment par la situation géographique des deux territoires, conclut avec celle-ci un traité essentiellement politique dont l'article 2 alinéa 2 prévoit que les mesures concernant directement ou indirectement l'exercice d'une régence ou la succession à la Couronne devront faire l'objet d'une entente préalable entre le gouvernement français et le gouvernement princier et que la couronne ne pourra, par l'effet d'un mariage, d'une adoption ou autrement, "être dévolue qu'à une personne ayant la nationalité française ou monégasque et agréée par le Gouvernement français".

L'article 3 alinéa 1 prévoit aussi qu'"en cas de vacance de la couronne, notamment faute d'héritier direct ou adoptif, le territoire monégasque formera, sous le protectorat de la France, un Etat autonome sous le nom d'Etat de Monaco"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pour le texte de ce traité, voy. GALLOIS J.P., Le régime international de la Principauté de Monaco, Paris, Pédone, 1964, pp.224-225.

Lorsque le Prince Rainier octroya une nouvelle constitution en 1962<sup>1</sup>, il ne put modifier les institutions sur ce point, sa liberté de manoeuvre étant ainsi limitée par le traité conclu par son aïeul. Seule une révision bilatérale du traité pourrait modifier l'exercice de ses attributions constitutionnelles sur ce point<sup>2</sup>.

## § 2. L'obligation pour un Etat de créer certains organes administratifs ou judiciaires

Ainsi, la Convention de Montreux du 8 mai 1937 imposa-t-elle à l'Egypte la création de tribunaux mixtes, c'est-à-dire d'organes juridictionnels composés paritairement de magistrats nationaux et étrangers, aux compétences strictement définies<sup>3</sup>.

La Convention de Paris obligea le Maroc, le 25 juillet 1928, à introduire dans la zone de Tanger un certain nombre d'organes et de structures, tels qu'une Assemblée législative, un tribunal mixte et un Comité de contrôle formé de membres non marocains<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Voy. sur ce point GALLOIS J.P., op. cit., pp. 50 sq.

<sup>2</sup> On précisera plus loin (infra, pp. 233 et renvoi) pourquoi seul l'exercice de ses attributions peut être affecté par le traité de 1918 et non pas comme telle sa capacité d'en disposer.

<sup>3</sup> MESSINA S., "Les tribunaux mixtes et les rapports interjuridictionnels en Egypte", in Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1932, vol. 41, II.

<sup>4</sup> BALDONI C., "La zona di Tangeri nel diritto internazionale e nel diritto marocchino", in Rivista di diritto internazionale, 1930, pp. 396 et 542.

§ 3. L'obligation pour un Etat de garantir constitutionnellement le respect de certains droits subjectifs

En 1919, les puissances alliées introduisirent dans de nombreux traités des clauses imposant aux Etats de garantir constitutionnellement certains droits subjectifs. Le respect de ces clauses conditionnait leur admission au sein de la Société des Nations. Il s'agissait notamment d'assurer que les Etats d'Europe centrale nouvellement créés, agrandis ou même vaincus, respectent les droits des minorités raciales, religieuses et linguistiques, présentes sur leur territoire<sup>1</sup>.

Plus récemment, l'article 15 du Traité de paix signé avec l'Italie à Paris, le 10 février 1947, obligea celle-ci à respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous les ressortissants : "L'Italie prendra toutes les mesures nécessaires afin d'assurer à toutes les personnes relevant de sa juridiction, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, y compris la liberté de pensée, la liberté de correspondance et de presse, la liberté de culte, la liberté d'opinion et d'association".

L'article 17 du même traité se préoccupait d'éviter la réapparition sur le territoire italien d'organisations fascistes à caractère politique, militaire ou paramilitaire et susceptibles de porter atteinte à la démocratie.

---

<sup>1</sup> Furent particulièrement concernées : la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie, la Roumanie, la Grèce, l'Autriche, la Bulgarie, la Hongrie et la Turquie. Cf. Traité de Versailles (articles 86 et 93; Traité de Saint-Germain (articles 62 à 69); Traité de Neuilly (articles 49 à 57); Traité du Trianon (articles 54 à 60); Traité de Lausanne (articles 39 à 45).

Dans la mesure où est reconnue la supériorité du droit international, on voit que ces dispositions conventionnelles empêchent expressément le constituant, notamment, d'y déroger, sous peine de contrevenir à un engagement contractuel.

S 4. L'assentiment obligatoire par une organisation internationale préalable à l'adoption de certaines modifications constitutionnelles internes d'un Etat

Un cas un peu exceptionnel et jusqu'ici unique dans l'histoire du droit est celui de la constitution de la ville libre de Dantzig du 17 novembre 1920 élaborée par une Assemblée d'élus locaux sous le patronage du Haut Commissariat de la Société des Nations.

L'article 5 de la Loi fondamentale soumettait au consentement de la Société des Nations toute révision d'une partie du texte constitutionnel garantissant certains éléments de la paix : "Sans le consentement préalable de la Société des Nations, dans chaque cas particulier, la Ville Libre de Dantzig ne pourra :

- 1/ servir de base militaire ou navale;
- 2/ élever des fortifications;
- 3/ autoriser la fabrication de munitions ou de matériel de guerre sur son territoire".

L'article 49 du même texte assujettissait l'entrée en vigueur de toutes les modifications constitutionnelles à l'avis favorable de la même organisation internationale : "Les modifications à la Constitution ne peuvent entrer en vigueur qu'après qu'elles ont

été communiquées à la Société des Nations, et que celle-ci a déclaré n'avoir pas d'objections à élever contre ces modifications". La procédure a été appliquée une fois et le Conseil de la Société des Nations a déclaré, le 9 septembre 1930, n'avoir pas d'objections contre les modifications constitutionnelles votées le 26 mai et le 27 juin 1930<sup>1</sup>.

§ 5. Les limitations faites dans un traité international à l'exercice par un Etat des attributs de sa souveraineté extérieure

D'après le droit international classique, chaque Etat est libre de renoncer à son indépendance, voire même à son existence. De même, d'après le droit international, tout Etat doit respecter l'indépendance des autres Etats, rien ne l'empêche cependant d'accepter qu'un autre Etat renonce volontairement à son indépendance en sa faveur. Tels sont les principes.

a) Le système des protectorats établis par les traités  
-----

L'institution du protectorat, qui ne reçoit plus guère d'application aujourd'hui, désigne, en droit international, ce système particulier de rapport entre deux Etats dont l'un est protégé par l'autre<sup>2</sup>. D'inspiration coloniale, des auteurs estiment que certains protectorats furent établis par acte unilatéral de l'Etat

<sup>1</sup> GIANNINI A., "La revisione della costituzione di Danzica", in Europa Orientale, 1931; MIRKINE-GUETZEVITCH B., "Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix", in Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1933, t. 45, pp. 673 sq.

<sup>2</sup> NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., op. cit., n° 347; VEICOPOULOS N., Traité des territoires dépendants, t. 1 et 2, Genève, 1960-1971; ROUSSEAU Ch., Droit international public, Paris, Sirey, t. 3; 1977, pp. 21-92.



protecteur (celui que la Grande-Bretagne exerça sur l'Egypte)<sup>1</sup>, la plupart, sinon tous, dérivant de traités (protectorats français sur le Maroc, la Tunisie, le Vietnam, le Cambodge, le Laos).

Cette deuxième forme illustre aussi l'influence que peut exercer l'Etat protecteur sur les attributs de la souveraineté extérieure, et de ceux-là seuls seulement en principe, de l'Etat protégé. Au premier, en effet, revient l'exercice exclusif de la représentation internationale et le droit de conclure les traités internationaux. On ne s'étendra pas sur les modalités diverses que chacun des traités d'établissement a prévues (réduisant même parfois l'exercice de la souveraineté interne de l'Etat protégé au point de ressembler à une sorte de décentralisation administrative)<sup>2</sup> pour retenir seulement ici la figure et compléter ainsi le panorama de celles qui ont déjà été évoquées dans les paragraphes précédents.

#### b) L'article 88 du Traité de Saint-Germain

-----

Sur deux points au moins des principes énoncés ci-dessus, l'article 88 du Traité de paix conclu à Saint-Germain, le 10 septembre 1919, a apporté des dérogations notoires. Il stipulait, en effet, que : "L'indépendance de l'Autriche est inaliénable, si ce n'est du consentement du Conseil de la Société des Nations. En conséquence, l'Autriche s'engage à s'abstenir, sauf le consentement dudit Conseil, de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit, notamment et jusqu'à son admission comme Membre de la Société des Nations, par voie de participation aux affaires d'une autre Puissance".

<sup>1</sup> Contra VERHOEVEN J., op. cit., p. 230, note 40.

<sup>2</sup> VERHOEVEN J., op. cit., p. 231.

Il faut rappeler que la source de l'inaliénabilité de l'indépendance de l'Autriche résidait dans l'article 80 du Traité de Versailles qui imposait à l'Allemagne deux obligations : celle de reconnaître et de respecter "strictement" l'indépendance de l'Autriche, dans les frontières fixées par les puissances victorieuses et celle de reconnaître que "cette indépendance sera inaliénable si ce n'est du consentement du Conseil de la Société des Nations".

Ainsi, lorsque la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et la Tchécoslovaquie entreprirent "d'aider l'Autriche dans son oeuvre de restauration économique et financière", le protocole signé à Genève, le 4 octobre 1922, fut-il soumis et reçut-il l'approbation de la Société des Nations<sup>1</sup>.

Une difficulté surgit, en revanche, à l'occasion du protocole dressé à Vienne, le 19 mars 1931, entre l'Allemagne et l'Autriche, aboutissant à la création d'un régime d'union douanière entre ces deux pays. Rien dans ce protocole ne prévoyait un assentiment à donner par le Conseil de la Société des Nations, mais celui-ci ayant été communiqué notamment à certains gouvernements, la Grande-Bretagne saisit le Conseil qui pria alors la Cour permanente internationale de Justice de donner un avis consultatif<sup>2</sup>.

La Cour, cependant, ne fut pas requise d'apprécier sous quelles conditions l'union douanière austro-allemande pourrait recevoir l'assentiment du Conseil mais fut uniquement appelée à juger de la compatibilité dudit Protocole avec l'article 88 du Traité de Saint-Germain et le Protocole n° 1 signé à Genève, le 4 octobre 1922.

<sup>1</sup> L'Espagne et la Belgique ont adhéré ensuite à ce protocole.

<sup>2</sup> L'Avis fut rendu par la Cour, le 5 septembre 1931. Voy. Avis de la C.P.I.J., La Haye, 1931, pp. 45-53.

A cette occasion, la Cour précisa le sens qu'il fallait entendre par l'indépendance de l'Autriche et insista sur ce qu'elle impliquait notamment qu'elle restât "seul maître dans ses décisions aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine politique, financier ou autre"<sup>1</sup>.

Quant au sens du terme aliénation, mentionné dans l'article 88, la Cour a estimé qu'il s'agirait de tout acte volontaire de l'Etat autrichien lui faisant perdre son indépendance ou venant modifier son indépendance, en ce que sa volonté souveraine se trouverait subordonnée à celle d'une autre puissance ou groupe particulier d'autres Puissances. (...) "<sup>2</sup>. Après avoir analysé les éléments du protocole du 19 mars 1931, la Cour conclut que l'établissement du régime douanier austro-allemand ne constituait pas en soi un acte d'aliénation de l'indépendance de l'Autriche mais qu'en revanche, le régime projeté organisait un "régime spécial" prévoyant pour l'Allemagne vis-à-vis de l'Autriche des "avantages" dont les tierces Puissances seraient exclues, puisque le Protocole de 1931 ne prévoyait nulle part que des négociations puissent être entamées avec un autre Etat désireux de bénéficier d'un règlement analogue.

Ainsi, la Cour jugea-t-elle qu'il était difficile de "soutenir que ce régime ne soit pas de nature à menacer l'indépendance économique de l'Autriche, et soit, par conséquent, en harmonie avec les engagements spécifiquement pris par l'Autriche dans ce protocole<sup>3</sup> en ce qui concerne son indépendance économique"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Avis de la C.P.I.J., op. cit., p. 45.

<sup>2</sup> Avis de la C.P.I.J., op. cit., p. 46.

<sup>3</sup> Celui de Genève, le 4 octobre 1922.

<sup>4</sup> Avis de la C.P.I.J., op. cit., p. 52.

On ne s'étendra pas ici sur les opinions divergentes exprimées par certains membres de la Cour à l'occasion de la rédaction de cet avis<sup>1</sup>. Ce qu'il fallait constater, c'était l'interprétation très extensive que la Cour a donnée à la notion d'indépendance. Ceci permet encore d'apprécier l'ampleur de l'impact que l'article 88 du Traité de Saint-Germain avait sur l'exercice de la souveraineté de l'Autriche et notamment quant à l'initiative qui lui était réservée de conclure des traités économiques internationaux. Il ne revenait pas à la Cour de relever ce point de droit qui illustre pourtant très bien notre problématique.

Bien que ce ne fût pas son objet immédiat, le Traité de Saint-Germain transformait indirectement les règles de l'autonomie juridique interne de l'Autriche en limitant sévèrement ses prérogatives dans le domaine des relations internationales.

#### c) Le système de la neutralité permanente

-----

"La neutralité permanente<sup>2</sup> désigne le régime juridique et politique d'un Etat auquel son statut international interdit de participer à un conflit armé et par conséquent de devenir un théâtre d'hostilités en temps de guerre"<sup>3</sup>. Le plus souvent, ce régime est d'origine conventionnelle et est établi par un traité. C'est à ce titre, bien évidemment, qu'il est abordé dans le contexte de la recherche entreprise sur les diverses formes de limitation de la souveraineté constitutionnelle interne. Les obligations qui incombent à l'Etat neutre conditionnent, en effet, l'exercice de sa

<sup>1</sup> Voy. l'opinion de ANZILOTTI D., op. cit., pp. 52 sq.

<sup>2</sup> On préfère ce qualificatif à celui de neutralité perpétuelle utilisé aussi. Les raisons découlent des mêmes principes que ceux qui seront exposés à propos de l'impossibilité d'élaborer des traités éternels (*supra*, pp. 235 sq.).

<sup>3</sup> ROUSSEAU Ch., Droit international public, op. cit., t. 2, p. 302; VERDROSS A., La neutralité permanente de l'Autriche, Vienne, Verlag für Geschichte und Politik, 1978, p. 9.

souveraineté extérieure. Ces obligations tournent autour de deux principes : le devoir de s'abstenir de commencer une guerre, le devoir d'impartialité ensuite qui consiste à défendre, en temps de paix, sa neutralité et son indépendance. Les applications de ce régime sont nombreuses<sup>1</sup>. On les illustrera par deux exemples : l'un, d'intérêt purement historique, est choisi puisqu'il concerne le statut de la Belgique de 1831 à 1919; l'autre soulève, à propos de l'Autriche, quelques difficultés d'interprétation qui touchent directement la problématique abordée dans cette section.

#### Article a. La neutralité permanente de la Belgique (1831-1919)<sup>2</sup>

Il faut se rallier à l'opinion de M. Rousseau<sup>3</sup> selon laquelle l'établissement de la neutralité permanente de la Belgique, souvent présentée comme une création artificielle, est le résultat d'une longue évolution qui a abouti, pour des raisons géographiques, historiques et politiques, à la signature des traités de Londres du 18 avril 1939. Au terme de ceux-ci, les Pays-Bas reconnaissaient la neutralité du nouvel Etat belge, laquelle était garantie par la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et l'Autriche.

Quelques difficultés se produisirent tenant, précisément, aux limitations qui pouvaient découler, pour la Belgique, de cet état de neutralité permanente. La plus significative fut soulevée à propos de sa compatibilité avec la possession de colonies. D'abord résolue négativement par le gouvernement lors de la création, en 1885, de l'Etat indépendant du Congo, cette opinion fut

<sup>1</sup> ROUSSEAU Ch., op. cit., p. 307; VERDROSS A., op. cit., pp. 9 sq.

<sup>2</sup> Pour une bibliographie à ce sujet, voy. ROUSSEAU Ch., op. cit., pp. 305-306.

<sup>3</sup> ROUSSEAU Ch., op. cit., p. 316.

pratiquement démentie par l'annexion du Congo par la loi du 19 octobre 1908. Il fut d'ailleurs convenu que la neutralité de la Belgique ne s'étendrait pas au territoire colonial.

On sait que la protection ainsi consentie à la Belgique fut illusoire puisqu'elle n'empêcha pas l'invasion allemande du 4 août 1914. C'est pourquoi la Belgique renonça, par l'article 31 du Traité de Versailles, à ce statut, préférant opter pour une politique de neutralité volontaire qui ne compromettrait pas ses engagements au sein de la Société des Nations à laquelle elle avait adhéré.

#### **Article b. La neutralité permanente de l'Autriche (26 octobre 1955)**

L'origine de la neutralité permanente de l'Autriche est, d'un point de vue juridique, plus douteuse.

Selon certains auteurs, l'application de ce statut est d'origine unilatérale et trouve son fondement dans la loi constitutionnelle du 26 octobre 1955<sup>1</sup>. D'autres thèses sont plus nuancées. Ainsi, M. Verdross, s'appuyant sur les considérations historiques de son édification, estime qu'on ne peut négliger le point quatre du Memorandum de Moscou du 15 avril 1955 par lequel le gouvernement soviétique "se déclare prêt à reconnaître la déclaration concernant la neutralité de l'Autriche"<sup>2</sup>. Vu que le Mémorandum en question n'est pas dénué de valeur juridique<sup>3</sup>, et même s'il n'est pas

<sup>1</sup> ROUSSEAU Ch., op. cit., p. 321; CHAUMONT Ch., "La neutralité de l'Autriche et les Nations Unies", in A.F.D.I., 1955, pp. 151-152; REUT-NICOLLUSSI, "Die österreichische Neutralitätserklärung vom 26. Oktober 1955", in Internationales Recht und Diplomatie, I, 1956, pp. 15 sq.

<sup>2</sup> Pour le texte du Memorandum de Moscou, voy. Österreichische Zeitung du 22 mai 1955, Berber, Dokumenten I, pp. 854 sq.

<sup>3</sup> VERDROSS A., op. cit., p. 29.

directement le fondement international de la neutralité autrichienne, il faut admettre que l'acte unilatéral qui en est la source, la loi fédérale constitutionnelle du 26 octobre 1955, "a été adoptée en exécution dudit memorandum"<sup>1</sup>.

Plus importantes pour cette étude sont deux difficultés tenant à la restriction de certaines attributions pour l'Autriche dans l'exercice de sa souveraineté extérieure.

La première tient à la conciliation d'une politique de neutralité avec une politique d'admission aux Nations Unies, prononcée d'ailleurs par l'Assemblée Générale le 15 décembre 1955<sup>2</sup>.

L'article 2 paragraphe 5 de la charte ne stipule-t-il pas, en effet, que "les membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle ..." ? Ceci pourrait entraîner évidemment une participation directe de l'Etat neutre à des actions militaires.

On fait remarquer cependant que la charte des Nations Unies permet une véritable neutralité puisqu'en vertu de l'article 51, tous les Etats ont le droit, sans toutefois y être contraints, de porter secours à un Etat victime d'une agression armée<sup>3</sup>. De même, les articles 48 paragraphe 1 et 52 paragraphe 1 prévoient l'établissement de situations particulières, à l'initiative du Conseil de sécurité notamment<sup>4</sup>. La plupart des objections à la participation de l'Autriche à l'action des Nations Unies sont ainsi réfutées et certains auteurs entrevoient même que le cas de l'Autriche "pourrait efficacement aider à repenser le problème de la

<sup>1</sup> VERDROSS A., op. cit., p. 28.

<sup>2</sup> CHAUMONT Ch., op. cit., pp. 151 sq.; VERDROSS A., op. cit., pp. 53-60.

<sup>3</sup> VERDROSS A., op. cit., p. 53.

<sup>4</sup> CHAUMONT Ch., op. cit., p. 154; VERDROSS A., op. cit., pp. 54 sq.

neutralité comme élément de la sécurité collective, et non pas comme obstacle à la sécurité collective"<sup>1</sup>.

Alors que l'admission de l'Autriche au sein du Conseil de l'Europe, le 16 avril 1956, ne semble pas s'opposer à son statut international<sup>2</sup>, son intégration au sein des communautés économiques européennes n'a pas, jusqu'ici, été accueillie favorablement. S'il n'existe pas d'obligation générale à la neutralité économique<sup>3</sup>, il n'empêche que certains devoirs de la neutralité limitent les attributions de l'Etat en cette matière. Ainsi, un consensus très large est apparu dès la création de la C.E.E. au sujet du fait qu'un Etat neutre de façon permanente ne pouvait pas aspirer à devenir membre à part entière de l'organisation régionale<sup>4</sup>.

L'article 224 du Traité de Rome stipule, en effet, qu'il doit rester applicable même en temps de guerre. L'Autriche ne pourrait devenir membre de la C.E.E. que sous réserve de sortir de celle-ci en temps de guerre. Une telle réserve est jugée incompatible avec l'article 240 du Traité C.E.E. qui prévoit que celui-ci est conclu "pour une durée illimitée"<sup>5</sup>. On a même allégué qu'une telle réserve ne suffirait pas à lever l'empêchement qui interdit à l'Etat neutre d'adhérer à une union économique et douanière. Le plan d'une association avec la C.E.E. tenant compte de sa neutralité permanente, l'Etat fédéral autrichien se borna alors à la

<sup>1</sup> CHAUMONT Ch., op. cit., p. 156.

<sup>2</sup> VERDROSS A., op. cit., p. 61.

<sup>3</sup> VERDROSS A., op. cit., pp. 47 et 62.

<sup>4</sup> GUGGENHEIM P., "Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse", in Rapports et communications de la société suisse de juristes, 1963, pp. 319-322; ZEMANEK, "Wirtschaftliche Neutralität", in Juristische Blätter, 1959, pp. 250-251.

<sup>5</sup> VERDROSS A., op. cit., p. 63; SEIDL-HOHENVELDERN I., "La neutralité autrichienne et les relations de l'Autriche avec les Communautés européennes", in A.F.D.I., 1963, pp. 826 sq.



conclusion avec la C.E.E. d'un accord spécial qualifié d'arrangement<sup>1</sup>.

Sans conteste, le statut de neutralité permanente emporte pour l'Etat visé des limitations à sa souveraineté. Ni l'Autriche, ni la Suisse, par exemple, ne pourraient conclure des alliances militaires telles que celles qui découlent, par exemple, de l'O.T.A.N. Les restrictions, cependant, sont parfois étendues à la souveraineté économique de l'Etat neutre. Ainsi, en est-il pour l'adhésion de l'Autriche à la C.E.E. On ne peut qu'évoquer ici les problèmes juridiques soulevés par ces interprétations extensives. Parmi eux, on en retiendra deux : faut-il défendre le principe d'une interprétation stricte des obligations découlant du statut de neutralité permanente, en raison du fait, précisément, qu'elles limitent la souveraineté de l'Etat<sup>2</sup> ? Quel serait, par ailleurs, l'effet de la conclusion par l'Etat perpétuellement neutre d'un traité incompatible avec son statut<sup>3</sup> ? Ces questions seront débattues plus longuement dans le dernier paragraphe de cette section.

---

<sup>1</sup> Sur celui-ci, voy. VERDROSS A., op. cit., p. 64.

<sup>2</sup> Dans ce sens, VERDROSS A., op. cit., p. 41.

<sup>3</sup> Sur cette question, Mc NAIR L., The Law of Treaties, Cambridge, le édit., pp. 135-136 et 505-506.

## § 6. L'incidence des conventions franco-monégasques sur le statut de la principauté de Monaco

Après plusieurs siècles d'indépendance, la Principauté de Monaco a connu, de 1524 à 1860, la succession de trois "Protectorats" (espagnol, français et sarde)<sup>1</sup> pour recouvrer, ensuite, une autonomie véritable consacrée par l'article premier de la nouvelle constitution de 1962 qui la proclame "Etat souverain et indépendant dans le cadre des principes généraux du droit international et des conventions particulières avec la France".

La seconde réserve, tirée des conventions particulières avec la France, appelle quelques commentaires.

De nombreux traités et conventions, soit à caractère politique<sup>2</sup>, soit à caractère économique<sup>3</sup>, modifient ensemble le statut national et international de la Principauté.

En effet, chacun de ces engagements internationaux consent de larges abandons de souveraineté au profit de la France, bien que l'on ne puisse contester, en définitive, à la Principauté de Monaco la qualité d'Etat souverain et indépendant.

---

<sup>1</sup> Certains auteurs refusent cette terminologie, les protectorats ne plaçant pas l'Etat protégé dans le "rapport de vassalité" propre à l'institution au XXème siècle d'autant que la Principauté, indépendante, ne perdait pas ses prérogatives internationales : elle conservait, par exemple, un droit de taxation (Voy. GALLOIS J.P., op. cit., p. 15).

<sup>2</sup> Traité du 2.2.1861, par lequel le Prince renonce aux communes de Menton et de Roquebrunne. Traité du 17 juillet 1918 : déjà cité plus haut.

<sup>3</sup> Conventions d'union douanière du 9.11.1865 et du 10.4.1912. Conventions fiscale, douanière, de voisinage relatives à la réglementation de la pharmacie, aux relations P.T.T., réglementation des assurances (du 18 mai 1963).

Dotée d'une population (et d'une nationalité spécifique), d'un territoire et d'une organisation (ainsi, la Constitution de 1962), Monaco est indéniablement un Etat<sup>1</sup>.

Cet Etat est souverain et indépendant puisqu'il dispose d'une organisation judiciaire totalement autonome, d'une représentation diplomatique propre, du droit de conclure seul des traités internationaux et qu'il appartient enfin à des organisations techniques internationales, même s'il n'a pas sollicité, jusqu'ici, de participation aux organisations politiques internationales<sup>2</sup>. L'exercice de sa souveraineté est toutefois limité par ces rapports conventionnels avec la France et nombreuses sont les activités politiques et économiques qui sont affectées<sup>3</sup>.

§ 7. L'incidence des conventions et protocoles instituant l'union économique belgo-luxembourgeoise sur la souveraineté du Grande-Duché de Luxembourg

Le 25 juillet 1921 était signée une convention établissant une union économique entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg<sup>4</sup>. L'objectif de celle-ci est de créer une union douanière parfaite, c'est-à-dire une union au sein de laquelle toutes les mesures sont effectivement prises pour assurer l'abolition des barrières douanières entre les membres et la libre circulation de toutes les marchandises entre les deux territoires<sup>5</sup>. Sans revenir

<sup>1</sup> GALLOIS J.P., op. cit., pp. 50 sq.

<sup>2</sup> GALLOIS J.P., op. cit., pp. 72 sq.

<sup>3</sup> Voy. en particulier l'article 6 du Traité du 17 juillet 1918 et les conventions douanière et fiscale de 1963.

<sup>4</sup> L'ensemble des conventions et protocoles concernant l'U.E.B.L. a été coordonné dans une Convention publiée au Moniteur Belge du 15 janvier 1982.

<sup>5</sup> CHAPEL Y., Le régime administratif de l'U.E.B.L., Bruxelles, Institut international des sciences administratives, 1958, p. 15.

sur les circonstances de sa création<sup>1</sup>, il faut rappeler les traits essentiels de l'institution.

L'union économique belgo-luxembourgeoise n'est pas une entité juridique distincte des Etats membres; elle a opté (à la différence de la solution supra-nationale de la C.E.E. ou de la solution Benelux) pour une organisation qui réserve l'unité du commandement économique à la Belgique, tempérée cependant par des mécanismes de consultation bilatérale. Ce principe d'organisation laisse donc à l'Etat belge le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières communes : seules les autorités belges compétentes prennent les mesures destinées à avoir force obligatoire au sein de l'union, dans les matières qui concernent les douanes et accises, le commerce extérieur et le change<sup>2</sup>. A la Belgique revient aussi le droit de conclure, au nom de l'Union, les traités de commerce et les accords économiques.

Une série de tempéraments ont été prévus qui, par la voie d'une procédure diplomatique<sup>3</sup>, de l'interventions d'organes consultatifs<sup>4</sup>, de l'arbitrage prévu en cas de conflits<sup>5</sup>, tentent d'aménager l'égalité en droit des deux partenaires. Il reste qu'une limitation importante est apportée à l'exercice de la souveraineté

<sup>1</sup> Sur ce point, voy. not. HOMMEL L., Une expérience d'union économique, Bilan de dix années de l'U.E.B.L., Louvain, 1933; PESCATORE P., L'U.E.B.L., Expériences et perspectives d'avenir, Institut des relations internationales, 1963, vol. XVIII, n° 4.

<sup>2</sup> La mise en vigueur de ces dispositions au Luxembourg est soumise cependant au mécanisme de la publication légale dans le journal officiel grand-ducal.

<sup>3</sup> L'article 31 de la convention coordonnée prévoit que le Gouvernement Luxembourgeois est entendu avant toute conclusion, modification ou dénonciation d'un traité de commerce extérieur.

<sup>4</sup> L'avis préalable du Conseil des douanes est requis avant l'adoption de certaines mesures en matière de douanes et accises (article 15 de la convention coordonnée). Celui de la Commission administrative mixte belgo-luxembourgeoise est demandé en ce qui concerne le commerce extérieur (article 32 alinéa 2).

<sup>5</sup> Article 40 de la Convention coordonnée.

grand-ducale par l'effet de l'adhésion à cette convention. Ainsi, en est-il, puisque le Luxembourg perd le droit de faire des traités de commerce et de conclure des accords économiques. L'approbation de la chambre luxembourgeoise - normalement requise par l'article 37 de la constitution à l'égard des traités internationaux - est toujours présumée en vertu de la délégation générale de compétence consentie à la Belgique par la signature de la Convention instituant l'Union économique. Les nouveaux traités sont mis en vigueur par arrêté grand-ducal sans consultation de la Chambre. De même, en ce qui concerne la réglementation en matière de douanes et accises, les dispositions sont reproduites au Grand-Duché sans que la Chambre ait à en connaître auparavant.

On rappellera aussi les difficultés diplomatiques qu'a suscitées la décision intempestive (au moins du point de vue de l'Etat luxembourgeois) de la dévaluation de la monnaie belge en 1983. Sans compter le caractère désuet de l'organisation institutionnelle de l'Union, sa survie tient sans doute à des considérations pragmatiques dont l'actualité perdra en intérêt avec la croissance de l'intégration européenne dans l'institution de la Communauté économique. On retiendra ici la figure - relativement originale - de l'Union comme un autre exemple d'une limitation qui peut être consentie par un traité international à la liberté interne et externe d'un Etat souverain sans que cette limitation, on y reviendra plus tard, n'affecte sa capacité même : l'acte de souveraineté accompli contre le contenu de l'engagement intervenu avec la Belgique ne saurait donc être tenu pour nul; seule la responsabilité de l'Etat luxembourgeois pourrait être mise en cause.

§ 8. Le statut international de l'ordre souverain militaire Jérusalemite de Malte

Créé il y a environ mille ans en Palestine, reconnu par le Saint-Siège comme une "organisation exempte" dès 1113, l'Ordre de Malte détint le gouvernement de Rhodes jusqu'en 1552 et celui de Malte jusqu'en 1798. Ayant perdu le contrôle sur chacun de ces territoires, sa résidence actuelle est Rome et il est de la compétence des tribunaux italiens d'apprécier son caractère juridique<sup>1</sup>.

La position de l'ordre dans la communauté internationale est tributaire à la fois de ses relations avec le Saint-Siège et des fins qu'il s'est assignées : l'accomplissement d'une mission humanitaire poursuivie à l'aide de structures définies aujourd'hui par sa charte constitutionnelle adoptée le 8 décembre 1956, après approbation par le Bref apostolique "Praecipuam curam" du 21 novembre 1956<sup>2</sup>.

Difficilement contestable jusqu'à la perte de l'île de Malte, la personnalité de l'ordre et son existence autonome sont, depuis, beaucoup plus douteuses.

L'article 1er de la Charte de 1956 confirme cependant la sentence cardinalice rendue, le 24 janvier 1953, en exécution d'un décret pontifical ayant chargé un tribunal ecclésiastique de "déterminer la nature des qualités d'ordre souverain et d'ordre religieux de l'ordre souverain militaire Jérusalemite de Malte" et dispose

- <sup>1</sup> Voy. BREYCHA-VAUTHIER A.C., "L'ordre S.M. Jérusalemite de Malte. Evolutions récentes autour d'une ancienne organisation internationale", in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1956-1957, pp. 501 sq.
- <sup>2</sup> BREYCHA-VAUTHIER A.C., "Renouveau de l'Ordre hospitalier de Saint Jean dit de Malte", in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1957-1958, pp. 103 sq.

que "l'ordre est une personne juridique en tant qu'approuvé solennellement par le Saint-Siège et constate qu'en lui persiste la qualité de sujet de droit international en tant que cette qualité a été reconnue et définie dans les documents émanant du Saint-Siège ou approuvés par le Saint-Siège et, en vertu de ceux-ci, dans des conventions particulières stipulées avec quelques Etats"<sup>1</sup>. Dans la pratique, l'ordre jouit de plusieurs droits parmi lesquels ceux de préséance et de privilège reconnus par les coutumes internationales<sup>2</sup>, celui de légation, de participation aux grandes conférences internationales, notamment à celles de la Croix Rouge. Néanmoins, la dépendance de l'ordre par rapport au Saint-Siège, attestée par la sentence cardinalice de 1956, range sa personnalité dans l'ordre canonique interne de l'Eglise et interdit, semble-t-il, de le considérer comme un ordre juridique totalement autonome et distinct<sup>3</sup>. Cet avis, cependant, ne recueille pas l'adhésion de toute la doctrine<sup>4</sup> et contredit notamment les affirmations de la Charte de 1956 qui prévoit la primauté de celle-ci en cas de conflit avec l'ordre canonique de l'Eglise romaine. L'organisation même de l'ordre au sein des Etats où il exerce ses activités en vertu de conventions internationales requiert aussi une analyse nuancée. L'ordre, en effet, approuve le statut des Associations nationales rédigé "en conformité avec la législation interne des Etats où elles ont leur siège"<sup>5</sup>, le régime des biens desdites associations étant assujéti aux seules dispositions statutaires de celles-ci, dans le respect de la législation interne du pays"<sup>6</sup>. La lecture de la

<sup>1</sup> Voy. les extraits essentiels de la Charte et notamment les articles 1 et 3 in BREYCHA-VAUTHIER A.C., *op. cit.*

<sup>2</sup> Article 9 de la Charte constitutionnelle de 1956.

<sup>3</sup> Dans ce sens, VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 179.

<sup>4</sup> Voy. par ex. PILOTTI M., in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1951, p. 313; SPERDUTTI G., "Sulla personalità internazionale dell'ordine di Malta", in *Rivista di diritto internazionale*, 1955, pp. 53.53.

<sup>5</sup> Article 29, alinéas 1, 2 et 4.

<sup>6</sup> Article 15.

Charte constitutionnelle ne permet pas de détecter dans ce domaine une quelconque intervention du Saint-Siège, l'ordre traitant directement avec les Etats concernés de l'établissement de ses Grands Prieurés, Prieurés et Sous-Prieurés. Cette recherche d'identification de l'ordre de Malte peut paraître purement spéculative, voire spécieuse, et il est exact que son intérêt est essentiellement théorique, vu l'importance très relative que tient l'institution dans les relations internationales. Si l'ordre de Malte réalise plutôt une forme de "décentralisation"<sup>1</sup>, il ne relève pas du tout du droit des gens et s'intégrant au seul droit canonique, il n'intéresse pas notre propos. Si, en revanche, on considère qu'il est un sujet de droit international possédant une souveraineté limitée car fonctionnelle<sup>2</sup>, l'autorité exercée par le Saint-Siège place cette institution dans un rapport de subordination du droit des gens<sup>3</sup> qui explique notamment la dépendance constitutionnelle de l'ordre face à l'ordre juridique ecclésiastique. D'autre part, la physionomie de chacun des sièges nationaux de l'ordre est étroitement liée aux conditions imposées par chaque Etat de son implantation relatives, notamment, à la constitution de sociétés privées et au régime des biens.

La figure de l'ordre de Malte s'avère assez originale et mérite de retenir l'attention du juriste désireux de décrire des modes plus flous d'interprétation entre plusieurs ordres juridiques, même s'ils paraissent (encore) marginaux.

<sup>1</sup> Voy. dans ce sens, VERHOEVEN J., *op. cit.*, n° 75 sq.

<sup>2</sup> Voy. BREYCHA-VAUTHIER A.C., *op. cit.*, et références.

<sup>3</sup> On comprend pourquoi cette expression est préférée ici à celle de "droit international".



§ 9. L'"Union Personnelle" de l'Italie et de l'Albanie du 14  
avril 1939. Un contre-exemple

Traditionnellement, l'on admet que le régime d'Union personnelle maintient souveraine au regard du droit international chacune des entités qui la composent.

Le 7 avril 1939, les troupes de Mussolini agressent l'Albanie et, le 12 avril, une Assemblée constituante fantoche proclame l'Union personnelle de l'Albanie avec l'Italie en "prianant" le roi Victor-Emmanuel III d'accepter la "couronne de Skanderberg"<sup>1</sup>. Ces événements dissimulent mal l'annexion véritable qui s'est ainsi opérée. Les conventions d'intégration économique, signées le 20 avril, s'ajoutèrent à la suppression de toutes les attributions d'Etat souverain : Victor-Emmanuel III détenait le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. On mit fin aux représentations diplomatiques jugées "incompatibles avec l'unité monarchique", l'armée albanaise étant aussitôt incorporée à l'armée italienne.

La non-indépendance juridique ainsi organisée défigure totalement la personnalité de l'Etat et celle-ci n'est plus qu'une fiction<sup>2</sup>. L'outrance de la situation ici décrite, où des conventions internationales déguisent, en réalité, une annexion, est en fait un contre-exemple de notre hypothèse : on ne peut plus reconnaître,

<sup>1</sup> L'histoire de l'Albanie, voir POLLO S., Histoire de l'Albanie, Paris, Horvath, 1974.

<sup>2</sup> VERHOEVEN J., op. cit., n° 25, pp. 62-63.  
Voy. aussi l'article 29 du Traité de Paix signé avec l'Italie qui qualifie l'Union de l'Italie avec l'Albanie d'agression; et l'article 31 du même Traité qui déclare nuls et non avenus tous les traités conclus entre l'Italie et l'Albanie entre le 7 avril 1939 et le 3 septembre 1943.  
ROUSSEAU Ch., op. cit., t. 2, pp. 110-112.

en effet, de rapport de subordination, en vertu du droit international, là où des procédés d'agression se sont substitués totalement à la régularité juridique et rendent dérisoire toute tentative de qualification ou de classification par la science du droit.

On ne pouvait pas ne pas évoquer ici cet épisode historique, même s'il s'avère, à l'examen, ne pas être un exemple concluant pour l'étude entreprise dans cette section.

#### § 10. La portée des limitations issues des traités normatifs sur la souveraineté constitutionnelle interne

Sans être exhaustive, la liste est cependant suffisante des cas proposés ici pour illustrer l'hypothèse que nous avons à démontrer : celle de l'existence de limites à la souveraineté constitutionnelle interne des Etats par le fait de traités internationaux.

On pourrait citer le propos de Charles De Visscher qui, en 1955, affirmait : "Il est bien connu qu'un Etat est internationalement tenu d'apporter à sa législation interne les modifications nécessaires à l'exécution des traités conclus par lui et il est également certain que dans les rapports entre les parties contractantes d'un traité les dispositions de la loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité. En conséquence, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution

pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur"<sup>1</sup>. Il ne faudrait pas exagérer pourtant la portée de cette limitation. L'essence de celle-ci, on l'a déjà souligné, est conventionnelle. Sauf le cas où l'application des traités donne naissance à des règles coutumières, ceux-ci ont normalement un caractère temporaire qui justifie<sup>2</sup> les nombreuses causes d'extinction énumérées et décrites dans la cinquième partie (sections 1 et 3) de la Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le droit des Traités. Ainsi, les effets d'un traité peuvent-ils prendre fin à la suite de clauses conventionnelles ad hoc (terme, condition résolutoire, clauses de dénonciation et de retrait, clauses de suspension, ...) <sup>3</sup>. Un accord postérieur portant sur la même matière<sup>4</sup>, le consentement aussi de toutes les parties<sup>5</sup>, peuvent mettre un terme aux obligations conventionnelles.

On notera enfin que l'extinction d'un traité peut être la conséquence de règles postérieures ou d'actes ou faits unilatéraux prévus par des règles générales (telles que la violation substantielle<sup>6</sup>, l'impossibilité survenue d'exécution<sup>7</sup>, la dénonciation ou le retrait fondés sur l'intention des parties ou la nature du traité<sup>8</sup>, le changement fondamental de circonstances<sup>9</sup>, voire la survenance d'une règle du ius cogens contradictoire avec les dispositions du traité<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> DE VISSCHER Ch., "Principes de droit international public", in R.C.A.D.I., 1955, p. 499.

<sup>2</sup> Dans ce sens, CAPOTORTI F., "L'extinction et la suspension des traités", in R.C.A.D.I., 1971, t. 134, III, p. 454.

<sup>3</sup> Article 54 a) de la Convention de Vienne du 29 mai 1969.

<sup>4</sup> Article 59 de cette Convention.

<sup>5</sup> Article 54 b) de cette Convention.

<sup>6</sup> Article 60 de la Convention de Vienne.

<sup>7</sup> Article 61 de la Convention de Vienne.

<sup>8</sup> Article 56 a) b) de la Convention de Vienne.

<sup>9</sup> Article 62 de la Convention de Vienne.

<sup>10</sup> Article 64 de la Convention de Vienne et supra, section 4.

Certes, dans son commentaire de l'article 39 du projet de la Convention de Vienne<sup>1</sup>, la Commission du Droit international estime avoir trouvé "souhaitable, pour garantir la stabilité des traités, de souligner, dans une disposition générale au début de la présente partie, que la validité et le maintien en vigueur d'un traité sont un état de choses normal, dont on ne peut s'écarter que pour les motifs et dans les conditions prévus aux présents articles"<sup>2</sup>. Une telle affirmation n'est sûrement pas exacte si elle entend frapper d'intangibilité les traités internationaux : il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'évolution à laquelle sont soumis les rapports internationaux et, notamment, de dénombrer, parmi les exemples proposés dans les paragraphes précédents, ceux qui n'ont plus qu'un intérêt historique. En réalité, la Commission semble plutôt avoir voulu insister sur l'exigence de stabilité des traités, c'est-à-dire sur le principe du respect de leurs dispositions par les parties, sauf dans les cas d'extinction dits "légitimes" parce que prévus par la Convention. L'énumération de ces cas rend compte de la diversité des circonstances envisagées, susceptibles d'affecter la durée d'existence d'un traité et, partant, le temps de la soumission du constituant interne au traité.

Pour être complet, il faudrait évoquer encore l'hypothèse du "changement fondamental de circonstances" qui, selon l'article 62 de la Convention de Vienne, ne peut être invoqué pour mettre fin à un traité international.

Deux exceptions importantes atténuent le principe : le caractère déterminant de ces circonstances sur le consentement des parties ou la modification radicale des obligations du fait de celle-ci

---

<sup>1</sup> Correspondant à l'article 42 de la Convention.

<sup>2</sup> Voy. Document A/6.309 Rev. 1, in Annuaire de la Commission de droit international, 1966, II, p. 70.

peuvent constituer une cause valable d'extinction du traité<sup>1</sup>. Certains traités internationaux ont voulu écarter, semble-t-il, l'éventualité même de ces exceptions et fixer ainsi les obligations contractuelles pour toujours.

L'article 8, par exemple, de la Convention relative à la non-for-tification et à la neutralisation des îles d'Aland<sup>2</sup> stipule que les dispositions demeureront en vigueur, nonobstant les modifications qui pourraient être apportées au statut de la mer Baltique.

La Convention entre les Etats-Unis et Panama en vue de la construction d'un canal reliant les Océans Pacifique et Atlantique<sup>3</sup> prévoit la concession "à perpétuité" du terrain par la République panaméenne (article 2) ainsi que la neutralité du canal et de ses entrées (article 18). L'article 24 écarte aussi l'application de la clause "rebus sic stantibus", même si un changement dans le gouvernement, les lois ou les traités de Panama survenait.

On pourrait encore citer l'article premier du traité de Constantinople relatif au Canal de Suez<sup>4</sup>.

Ces exemples sont trop rares, leur signification douteuse aussi pour pouvoir en déduire un caractère général permettant d'envisager que des traités internationaux puissent geler pour l'éternité

---

<sup>1</sup> Pour un commentaire de la clause "rebus sic stantibus" : KLEIN E., Statusverträge im Völkerrecht, Berlin, Springer-Verlag, 1980, pp. 286-294.

<sup>2</sup> Signée à Genève, le 20 octobre 1921, in Nouveau Recueil Général, 3e S., XII, pp. 65-69.

<sup>3</sup> Signée Washington le 18 novembre 1903, in Textes de droit international, pp. 170-172.

<sup>4</sup> Signé à Constantinople, le 29 octobre 1888, in Textes de droit international, pp. 156-160.

des volontés. Admettre cela serait aller à l'encontre des principes les plus essentiels du droit des contrats<sup>1</sup>. Nul Etat ne saurait ainsi lier définitivement ses successeurs en érigeant dans des contrats internationaux des obligations immuables.

L'histoire d'ailleurs démentit l'éventualité de l'existence de traités éternels. L'abolition du régime du canal de Panama et celle du canal de Suez sont deux exemples convaincants, s'il en fallait.

Les limitations conventionnelles, enfin, ne touchent pas la capacité des Etats, en ce sens que ce ne sont pas ses attributions constitutionnelles comme telles qui sont affectées mais seulement leur exercice qui se trouve modifié.

Les arguments exposés dans la deuxième partie de ce travail donneront à cette réserve, essentielle, toute sa dimension. Elle apparaîtra, en effet, comme l'une des conditions de la validité des limites matérielles hétéronomes.

Une conséquence, cependant, se dégage clairement dès à présent : puisque l'autonomie constitutionnelle n'est pas atteinte dans son essence, mais que seul l'exercice de la fonction constituante est susceptible d'être limité par un traité normatif, l'Etat qui violerait ce dernier engagerait uniquement sa responsabilité juridique internationale et l'acte interne incriminé ne saurait faire l'objet d'une annulation dans l'ordre juridique international.

---

<sup>1</sup> KLEIN E., op. cit., p. 294.

### Sous-section 3. La limitation du pouvoir constituant d'un Etat membre d'une organisation internationale

#### § 1. L'exposé de l'hypothèse

La création, par traité multilatéral, de nombreuses organisations internationales à vocation universelle ou régionale consacre la prise de conscience de l'absolue nécessité d'une coopération internationale permettant d'empêcher à l'avenir l'éclatement de conflits mondiaux en établissant les cadres permanents d'une collaboration entre Etats<sup>1</sup>. Si, en instituant ces organisations, les Etats ont accepté de limiter leur souveraineté, rien ne serait plus contraire à celle-ci, cependant, que le principe d'une affiliation obligatoire : les organisations internationales sont des associations volontaires.

De même, les Etats devenus membres ayant conservé leur souveraineté, l'organisation internationale, dans l'état actuel du droit positif, ne saurait absorber la personnalité de ceux-ci au point de les obliger à y demeurer contre leur volonté.

Dominées par le régime juridique de la spécialité, les organisations internationales sont dotées des seules compétences utiles à la réalisation des buts déterminés dans leurs statuts constitutifs, ces objets seraient-ils généraux (comme c'est le cas de

<sup>1</sup> Pour une théorie générale des organisations internationales, voy. par ex. : COMBA A., Organizzazione internazionale e ordinamento dello Stato, Turino, Giappichelli Editore, 1974; DEHOUSSE J.M., Les organisations internationales, Essai de théorie générale, Liège, Gothiex, 1968; KOROWICZ M., Organisations internationales et souveraineté des Etats membres, Padoue, 1961; SCHERMERS M.G., International Institutional Law, Leyde, Stijhoff, 1972; VIRALLY M., L'organisation mondiale, Paris, Armand Colin, Coll. U., 1972.

l'O.N.U., de l'O.E.A., de l'O.U.A.]), le principe de l'exclusivité de la compétence nationale des Etats (voyez l'article 2 paragraphe 7 de la Charte de l'O.N.U.) régit les rapports entre le nouveau sujet de droit international et ses créateurs<sup>1</sup>. Ceci rappelé, le respect de la finalité de chaque organisation conditionne, c'est évident, l'admission ou le maintien en son sein de chaque Etat.

## § 2. La charte de l'Organisation des Nations-Unies du 26 juin 1945

La charte adoptée à San Francisco en 1945 constitue le traité fondamental de l'organisation des Nations-Unies issue de la défunte Société des Nations. La souveraineté des Etats membres se trouve limitée dans la mesure des objectifs essentiels de l'organisation nécessaires au "maintien de la paix et de la sécurité internationale" (article 1 paragraphe 1) : outre la prévention et la répression des actes d'agression (article 1 paragraphe 1), on citera le respect du principe de l'égalité de droit des peuples (article 1 paragraphe 2), la réalisation d'une coopération internationale en matière économique, sociale et intellectuelle, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 1 paragraphe 3).

La complexité des relations diplomatiques, l'ampleur de finalités souvent vaguement décrites, l'absence de sanctions praticables et

---

<sup>1</sup> Voy. : - article 18 de la charte de Bogota, 2 mai 1948;  
 - les résolutions n° 2131, (XX), du 21 décembre 1965 "Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty" et n° 2625, (XXV), du 24 octobre 1970 "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States".



efficaces atténuent certes, dans la réalité, l'impact de ces dispositions constitutives sur le droit interne des Etats membres. La discussion autour de la portée de l'article 2 paragraphe 7 de la Charte est, à cet égard, particulièrement révélatrice.

Il s'agit de la formulation du principe de non-intervention de l'organisation dans les "affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat"<sup>1</sup>. La charte reconnaît l'existence d'un "domaine réservé" à l'action unilatérale de l'Etat interne et ce, dans la tradition la plus pure du droit international. (Voyez, auparavant, l'article 15 paragraphe 8 du Pacte de la Société des Nations). On renverra au débat que suscita l'adoption par l'Institut de droit international de la résolution concernant la compétence nationale des Etats<sup>2</sup>.

Négligeant les querelles théoriques relatives, par exemple, à la signification de l'évolution terminologique entre l'article 15 paragraphe 8 du Pacte de la S.D.N. et l'article 2 paragraphe 7 de la charte<sup>3</sup>; ou à la façon de définir (par son contenu ou par ses effets) le domaine réservé<sup>4</sup>, on épinglera, par contre, avec intérêt les conflits concrets portés devant l'Assemblée Générale ou le Conseil de Sécurité à propos desquels fut soulevée l'exception

<sup>1</sup> On suggérera de comparer les textes anglais et français dont la terminologie divergente (domestic jurisdiction - compétence nationale) suscite déjà des difficultés quant à l'interprétation littérale. Voy. par ex. Charte en anglais-français-russe-allemand éditée par "DOKUMENTE UNO", 1961.

<sup>2</sup> Voir le Rapport de Charles Rousseau à l'Institut de droit international (1950), Annuaire, vol. 43, t. 1 et les observations des membres de la Commission ainsi que le 2ème Rapport Rousseau (1952), Annuaire, vol. 44, t. 1, p. 137. Les délibérations, enfin, de la session d'Aix-en-Provence (1954) sont reproduites dans l'Annuaire, 1954, t. 2, pp. 108 sq.

<sup>3</sup> Voy. par ex. KOPELMANAS L., L'organisation constitutionnelle des N.U., Paris, Sirey, 1947.

<sup>4</sup> Observations de M. Rolin au Rapport de Ch. Rousseau in Annuaire, 1952, pp. 170 sq.  
SPERDUTTI G., Il domino riservato, Milano, Giuffrè, 1970, not.pp. 45 sq.; DE VISSCHER Ch., "Principes de droit international public", in R.C.A.D.I., 1955, pp. 494 sq.

de l'article 2 paragraphe 7<sup>1</sup>. La jurisprudence des Nations-Unies s'avère d'emblée très empirique et hésitante, soumise davantage à des considérations d'opportunité politique qu'à des raisons juridiques lorsqu'il s'agit d'apprécier, par exemple, en avril 1946, que "la situation résultant de l'existence et des activités du régime du général Franco en Espagne" constitue une menace pour la paix et la sécurité mondiales, de sorte qu'elle n'empêche pas l'exercice des prérogatives de l'organisation; qu'en juillet 1947, les hostilités ouvertes entre les Pays-Bas et la République indonésienne méritaient une intervention; qu'en revanche, le double veto opposé, le 24 mai 1948, par le représentant de l'U.R.S.S. devant le Conseil de Sécurité entraîna automatiquement le rejet du projet chilien d'enquête sur les accusations portées par la Tchécoslovaquie contre l'Union soviétique; que le respect des droits de l'homme relevait de la seule compétence intérieure, question soulevée par le représentant de l'Ukraine en juillet 1949, et identique au point de vue du Gouvernement soviétique à propos des mesures prises dans cette matière par certains signataires des traités de paix du 10 février 1947 (Bulgarie, Hongrie, Roumanie)<sup>2</sup>.

Les motifs suivis pour rejeter ou refuser d'examiner une affaire paraissent nécessairement plus politiques que juridiques lorsqu'on rappellera que les décisions restent toujours soumises à la règle de la majorité. On comprend mieux les hésitations de la doctrine concernant le caractère obligatoire, du strict point de vue conventionnel, des articles de la charte traitant précisément

<sup>1</sup> Voy. le relevé dans le Rapport de Ch. Rousseau, op. cit., pp. 145 sq.

<sup>2</sup> 23 affaires sont reprises dans le répertoire de l'O.N.U. pour les années 1945 à 1955.

du respect des droits de l'homme<sup>1</sup>, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>2</sup>, de la garantie de l'intégrité territoriale<sup>3</sup>, notamment. Certes, dans son avis rendu le 21 juin 1971, dans l'affaire de la Namibie, la Cour internationale de justice conclut au caractère impératif des articles 24 et 25 et estime, par conséquent, que les Etats membres ne pourront reconnaître comme légale et valide la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et devront, dès lors, s'abstenir d'établir des relations conventionnelles, d'accréditer des missions diplomatiques ou consulaires, d'entretenir des relations économiques.

La généralité des termes de la Charte fait plutôt pencher les auteurs pour la nature politique plutôt que juridique de l'engagement conventionnel. Il manque à des formulations abstraites (comme le Préambule) ou vagues (article 1 paragraphe 3) le contenu nécessaire à l'efficience de dispositions du droit positif<sup>4</sup>.

Kelsen avait d'ailleurs formulé le même avis : "The Charter does not impose upon the Members a strict legal obligation to grant their subjects the rights and freedoms mentioned in the Preamble or in the text of the Charter. The language used by the Charter in this respect does not allow the interpretation that the Members are under legal obligations regarding the rights and freedoms of their subjects"<sup>5</sup>.

- 
- <sup>1</sup> On dénombre 7 références aux droits de l'homme dans la Charte : Préambule, article 1 paragraphe 3, article 13 paragraphe 1b, article 55 e, article 62 paragraphe 2, article 68, article 76 e.
  - <sup>2</sup> Article 1 paragraphe 2 et article 55 de la Charte de San Francisco.
  - <sup>3</sup> Article 2 paragraphe 4.
  - <sup>4</sup> RUMPF H., Der internationale Schutz der Menschenrechte und das Interventionsverbot, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 1981, p. 15.
  - <sup>5</sup> KELSEN H., The Law of the United Nations, London, Stevens, 1950, pp. 27-29.

### § 3. La jurisprudence du Conseil de l'Europe

La jurisprudence du Conseil de l'Europe est peut-être plus satisfaisante à cet égard, qui a exclu, provisoirement, la Grèce ou la Turquie lorsque leur régime politique, conforté par des institutions, ne respecta plus les principes fondamentaux définis dans l'article 3 du statut approuvé à Londres, le 5 mai 1949, parmi lesquels figure celui de la "prééminence du Droit" en vertu duquel toute personne "placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Il est vrai qu'en adoptant à Rome, le 4 novembre 1950, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil de l'Europe se dotait d'un instrument juridique très efficace puisque sa ratification par les Etats membres l'insère au rang des normes de droit interne obligatoires pour cet Etat.

### § 4. L'organisation des Etats américains (O.E.A.)

L'article 5 de la Charte de Bogota réaffirme clairement que toute atteinte portée aux objectifs définis par l'organisation fera perdre sa qualité de membre à l'Etat américain transgresseur. Adoptée à Bogota en 1948, la résolution inter-américaine n° XXXII définit mieux encore la "légitimité idéologique"<sup>1</sup> requise des Etats membres, qui rejette le principe du communisme parce que "anti-démocratique"<sup>2</sup> et dont la violation manifeste par le régime castriste de Cuba a conduit à l'exclusion de cet Etat le 14 février 1962.

<sup>1</sup> VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 601.

<sup>2</sup> Résolution n° XXXII : "By its anti-democratic nature and its interventionist tendency, the political activities of international communism or any other totalitarian doctrine, is incompatible with the concept of American freedom, which rests upon two undeniable postulates : the dignity of man as an individual, and the sovereignty of the nation as a state".

L'adhésion d'un Etat à une organisation internationale est susceptible de modifier sa structure juridique interne et d'assujettir, sur certains points, les attributions des pouvoirs intérieurs aux exigences de la société dont il est membre.

Une autre disposition de la Charte de Bogota, réformée en 1967 à Buenos Aires, confirme ceci : "La solidarité des Etats américains", lit-on à l'alinéa d) de l'article 3, "et les autres fins qu'ils poursuivent avec elles, requièrent de la part de ses adhérents, une organisation politique basée sur l'exercice effectif de la démocratie représentative".

La structuration constitutionnelle interne des Etats américains devrait théoriquement épouser étroitement les formes imposées par l'organisme régional qui réaffirme ainsi les principes avancés par le Dr. Tobar dans sa lettre au consul de Bolivie en Belgique, le 15 mars 1907<sup>1</sup> et par le Président Wilson dans son discours de Mobile du 12 mars 1913<sup>2</sup>. L'aménagement constitutionnel des pouvoirs transcende l'affirmation d'un principe de souveraineté, populaire en l'espèce, dont le respect est érigé en critère d'appartenance à l'O.E.A.

En dépit du paysage politique actuel offert par nombre de pays d'Amérique latine, on doit citer, dans le prolongement de l'article 3, l'article 16 de la même Charte qui subordonne l'exercice de la souveraineté culturelle, politique et économique de chaque Etat, à sa conformité au "respect des droits de la personne humaine et des principes de la morale universelle".

<sup>1</sup> TOBAR A., "Lettre au consul de Bolivie à Bruxelles", 15 mars 1907, in Revue générale de droit international public, 1914, p. 483.

<sup>2</sup> "Discours de Mobile", 11 mars 1913, in A.J.I.L., 1913, p. 331.

## § 5. L'organisation des Etats d'Amérique centrale

Dans le même esprit, les conventions additionnelles au Traité général de paix et d'amitié signé à Washington<sup>1</sup> par les cinq Etats d'Amérique centrale ont prévu que "les gouvernements des Hautes Parties contractantes ne reconnaîtront aucun gouvernement qui viendrait à s'établir dans une quelconque des cinq Républiques à la suite d'un coup d'Etat ou d'une révolution contre un gouvernement connu, tant que la représentation du peuple, librement élue, n'aura pas réorganisé le pays dans la forme constitutionnelle"<sup>2 3</sup>. L'article 3 de la convention additionnelle de 1907 et l'article 5 de celle de 1923 précisent encore que "les parties contractantes s'obligent à maintenir dans leurs constitutions respectives le principe de la non-réélection d'office du Président et vice-Président de la République, et celles des parties contractantes dont les constitutions permettent pareille réélection s'obligent à introduire une réforme constitutionnelle dans ce sens lors de la session législative qui suivra la ratification du présent traité"<sup>4 5</sup>. L'appartenance à l'organisation des Etats d'Amérique centrale conditionne donc l'aménagement constitutionnel interne des pouvoirs, apporte des limites négatives à la liberté du titulaire du pouvoir de révision mais aussi des injonctions positives de contenu et de forme (notamment en ce qui concerne les délais) dans l'exercice de ses prérogatives.

<sup>1</sup> Traité de Washington du 20 décembre 1907, in A.J.I.L., 1908, suppl. 229, pp. 94 sq.

<sup>2</sup> Article 1 de la Convention additionnelle du 20 décembre 1907, in A.J.I.L., op. cit., p. 103.

<sup>3</sup> Article 2 de la Convention additionnelle du 7 janvier 1923, in A.J.I.L., suppl. 118, p. 118.

<sup>4</sup> Article 3 de la Convention additionnelle du 20 décembre 1927, op. cit., p. 104.

<sup>5</sup> Article 5 de la Convention additionnelle du 7 janvier 1923, op.cit., p. 119.

Ce système d'une "légitimité constitutionnelle"<sup>1</sup> peut être qualifié d'"impraticable" vu les "vérifications hasardeuses de constitutionnalité" qu'il engendre, ou de "pernicieux" car il "consacre un immobilisme qui peut être celui de l'injustice ou de l'oppression"<sup>2</sup>, il importe en tout cas de relever ces diverses tentatives qui, ne serait-ce que théoriquement, illustrent la perméabilité de l'ordre étatique interne à l'ordre juridique international dont il reconnaît l'autorité en adhérant à une organisation internationale.

#### § 6. La bipolarité de l'ordre communautaire des Communautés européennes

L'organisation régionale des Communautés européennes est un cas particulier et jusqu'ici unique de l'immixtion de l'ordre international dans l'ordre juridique interne. On ne décrira pas longuement le fonctionnement d'une institution à laquelle de nombreux ouvrages sont consacrés depuis sa création. On voudrait seulement souligner ici l'originalité du système mis en place du point de vue de ses effets sur l'interférence entre plusieurs ordres juridiques distincts.

Il faut différencier deux catégories d'actes communautaires. Comme toute organisation internationale, les Communautés européennes se sont dotées, par traités, de statuts et bénéficient de pouvoirs étendus aux fins de réglementer leur fonctionnement. Les dispositions issues des traités instituant la Communauté et les règlements affectent l'autonomie de chaque Etat membre dans une

<sup>1</sup> VERHOEVEN J., op. cit., p. 603.

<sup>2</sup> VERHOEVEN J., ibid., pp. 604-605.

mesure sans doute plus considérable que pour les autres organisations régionales, mais le mécanisme décrit est toujours le même : celui d'un acte juridique hétéronome dont le caractère obligatoire est soumis aux règles du droit international général. En revanche, il est inexact de parler d'acte hétéronormateur pour désigner les règlements, les décisions ou les directives adressées directement soit aux Etats membres soit à leurs ressortissants. L'ordre juridique communautaire dépasse la structure constitutionnelle des communautés et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'enseignement répété de la Cour de justice des communautés européennes. Dans une affaire célèbre opposant les Communautés à l'Etat italien, la Cour affirma que : "A la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions (...)"<sup>1</sup>. Depuis, cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée<sup>2</sup>. La conséquence, cependant, que certains arrêts de la Cour en ont déduit sur le plan des prérogatives des Etats membres est plus douteuse. Faut-il, comme le préconise par exemple l'arrêt Simmenthal<sup>3</sup>, conclure que l'intégration du droit communautaire affecte directement la capacité de conclure de chaque Etat membre ? Ainsi, un conflit entre un traité international et les attributions relevant de la compétence de l'organisation d'intégration ne se résoudrait-il pas selon

<sup>1</sup> Costa e/E.N....E.L. 15 juillet 1964, Rec. C.J.C.E. 1964, p. 1141 et commentaire de COMBA A., L'organizzazione internazionale e ordinamento dello stato, op. cit., partie III, pp. 101 sq. et GANSHOF van der MEERSCH W.J., "L'ordine juridique des Communautés européennes et le droit international", in R.C.A.D.I., 1975, V, n° 148, pp. 1-433.

<sup>2</sup> 14.12.1971, in Foro italiano, 1972, IV, p. 153. Et application faite par la Cour de cass. française, le 24 mai 1975, in D., 1975, J.P. 497.

<sup>3</sup> Affaire 106/77, in Rec. 1978, pp. 629.



les règles prévues en matière de conflits successifs<sup>1</sup>. Sous réserve de la protection due aux tiers de bonne foi, le traité conclu hors de l'organisation communautaire s'avèrerait nul<sup>2</sup>. Cette solution ne convainc guère. Il semble, dans l'état actuel du droit et des relations communautaires, plus exact de soutenir que seule la responsabilité de l'Etat membre pourrait être incriminée. Le raisonnement et les conséquences déduites par la Cour des Communautés paraissent, en ce sens, excessifs<sup>3</sup>.

#### Sous-section 4. La limitation tacite du pouvoir constitutionnel étatique à raison de règles du droit international général

##### § 1. Le principe de l'autonomie constitutionnelle interne des Etats

La controverse évoquée à propos de l'interprétation à donner de l'article 2 paragraphe 7 de la Charte des Nations-Unies introduit, d'une certaine façon, la problématique de cette section<sup>4</sup>. On relève en effet que le principe de non-intervention dans les affaires étatiques reste le postulat de base de l'Organisation des Nations-Unies (article 2 paragraphe 7)<sup>5</sup>, rappelant ainsi son

<sup>1</sup> JACQUE J.P., Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 77 et l'affaire Flaminio Costa Enel, 15 juillet 1964, op. cit., p. 11 sq.

<sup>2</sup> En ce qui concerne la question délicate des Etats qui refusent de reconnaître l'existence des communautés, voy. JACQUE J.P., op.cit., pp. 77-78.

<sup>3</sup> Infra, pp. 266 sq.

<sup>4</sup> Voy. supra, sous-section 3 paragraphe 2.

<sup>5</sup> Voy. les rappels les plus récents et notamment :  
- la résolution n° 2131, XX, 21 décembre 1965 "Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sove-

caractère structurel pour l'ordre juridique international en général. La première signification du principe de non-ingérence serait donc de protéger les Etats contre l'intervention des organisations internationales, c'est-à-dire contre l'intervention collective. A cela s'en ajoute une deuxième : la prohibition de toute espèce d'intervention individuelle dans les rapports bilatéraux entre les Etats. Un lien singulier unit ces deux significations dans la mesure où l'organisation internationale - tout en étant tenue elle-même par le principe - est aussi garante du respect de celui-ci dans le cadre des rapports bilatéraux. Le principe de non-intervention paraît encore avoir une troisième signification. En réalité, il peut être défini autrement, si l'on se situe non plus du point de vue de l'ordre international mais du point de vue de l'ordre étatique : on l'appelle ici l'autonomie constitutionnelle de l'Etat.

C'est en effet une des revendications de la souveraineté étatique que d'affirmer son autonomie constitutionnelle<sup>1</sup>. Les doctrines anciennes de Monroe, de Calvo, de Drago ou celle encore d'Estrada ont forgé depuis longtemps les arguments en faveur de l'autonomie étatique<sup>2</sup>. La structure du gouvernement ainsi que ses modes d'exercice des pouvoirs sont, semble-t-il, indifférents à l'ordre

---

reignty";

- la résolution n° 2625, XXV, 24 octobre 1970 "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States".

<sup>1</sup> NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLETI A., op. cit., n° 307 sq.

<sup>2</sup> ROUSSEAU Ch., Droit international public, Paris, Sirey, t. 4. Les relations internationales, 1980, pp. 53 sq. et 109 sq.; SANDERS W., Sovereignty and Interdependence in the New World, Publication n° 3054 du Département d'Etat des U.S.A., 8 février 1948, pp. 172 sq.

juridique international. Telle paraît être l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence internationales<sup>1</sup>. Pourtant, la formule célèbre du Président des U.S.A. Monroe : "Notre politique (...) est de considérer le gouvernement de fait comme le gouvernement légitime pour nous" semble s'être atténuée sous l'effet de l'idée d'une "légitimité collective"<sup>2</sup> qui s'est, par exemple, incarnée dans le refus marqué par l'organisation des Nations-Unies de reconnaître les actes du gouvernement des territoires où des situations ont été qualifiées d'illégitimes aux motifs d'agression, de violation du droit à l'autodétermination, de discrimination raciale<sup>3</sup>.

Il n'est pas question ici d'analyser le bien-fondé d'une doctrine ou d'une jurisprudence qui préconisent l'obligation pour l'Etat membre de la communauté internationale de ne pas reconnaître une situation illégitime aux trois motifs évoqués précédemment. Il faut plutôt s'interroger sur les limites que pareille pratique pose éventuellement au principe de l'autonomie constitutionnelle interne des Etats.

<sup>1</sup> Voy. : - Avis consultatif de la C.I.J. dans l'affaire du Sahara occidental, in Rec., 1975, p. 43;  
- la pratique en matière de reconnaissance d'Etats et de gouvernements (in VERHOEVEN J.), op. cit.

<sup>2</sup> VIRALLY M., L'organisation mondiale, Paris, Colin, 1972, pp. 430 sq.

<sup>3</sup> ZICCARDI CAPALDO G., Le situazioni territoriali illegittime nel diritto internazionale, Napoli, Editoriale Scientifica, 1977; et la jurisprudence analysée par l'auteur : le Moyen Orient, op. cit., p. 58; la Rhodésie du Sud, ibid., p. 67; le Sud-Ouest africain, ibid., p. 77; le Transkei, ibid., p. 89; les mouvements de libération nationale, ibid., pp. 91 sq.

L'autonomie des Etats saurait-elle être restreinte par l'effet d'une règle de droit international, indépendamment de toute adhésion expresse ou implicite de ceux-ci, que l'on pourrait déduire d'un acte juridique laissé à leur initiative<sup>1</sup> ?

§ 2. La reconnaissance par la jurisprudence internationale de règles de droit international général dont le respect incombe à tous les Etats

L'hypothèse de l'existence de contraintes pesant sur le droit étatique indépendamment de tout engagement volontaire semble être entérinée par la pratique judiciaire internationale contemporaine<sup>2</sup>.

Dans l'affaire dite du "Détroit de Corfou", la Cour Internationale de Justice a rappelé que l'obligation qui incombait à l'Albanie de faire connaître l'existence d'un champ de mines dans ses eaux territoriales était fondée "non pas sur la Convention VIII de La Haye de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats"<sup>3</sup>. Dans l'avis que la même Cour a rendu, à propos des réserves faites à la Convention sur le génocide approuvée par l'Assemblée générale des Nations-Unies, le 9 décembre 1948, la conception se précise de "principes qui sont à

<sup>1</sup> Telle une disposition constitutionnelle d'adhésion expresse à l'ordre international ou un traité international conclu par les Etats.

<sup>2</sup> Pour des exemples plus anciens, voy. SZTUCKI J., Ius Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. Wien - New York, Springer Verlag, 1974, pp. 12-13.

<sup>3</sup> C.I.J. 1949, in Rec., 1949. p. 22.

la base de la Convention (qui) sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel"<sup>1</sup>.

La conséquence déduite par la Cour est "le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire "pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux" "<sup>2</sup>. L'affirmation est plus nette encore dans l'arrêt rendu par la Cour en 1970, dans l'affaire de la Barcelona Traction. Dans un passage important, elle rappelle l'existence d'"obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble", qui naissent indépendamment de toute relation conventionnelle. "Tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes"<sup>3</sup>. Et la Cour de procéder à l'énumération de quelques-unes parmi elles : "Ces obligations découlent, par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (...); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Avis de la C.I.J. du 28 mai 1951, in Rec. 1951, p. 23.

<sup>2</sup> Avis cité, p. 23.

<sup>3</sup> C.I.J. en cause Barcelona Traction, in Rec. 1970, p. 32.

<sup>4</sup> C.I.J., ibid., p. 32.

### § 3. La référence par les juridictions internes aux règles du droit international général

Les normes du droit international général déterminent parfois les décisions de certaines juridictions internes. Bien que les travaux préparatoires de la Convention de Vienne ne semblent envisager nulle part cette éventualité, la pratique judiciaire contemporaine a parfois invoqué, et très clairement, les dispositions impératives du droit international, les tribunaux nationaux s'estimant ainsi compétents pour juger de la conformité des traités internationaux avec celles-ci.

Ce type de construction est assez difficile à admettre puisqu'ainsi les tribunaux se prononcent à propos d'actes accomplis par des sujets qui ne relèvent pas de leur juridiction (en l'espèce, les Etats ayant conclu un traité avec l'Etat dont ils sont l'organe juridictionnel).

En 1940, un tribunal allemand rendit un jugement aux termes duquel il estimait que "l'article 79 du traité de Versailles était nul parce que le traité était fondamentalement immoral"<sup>1</sup>, alléguant de ce qu'il aurait été rédigé dans l'intérêt exclusif de la France.

Le 9 mars 1959, le tribunal de la province (voïevodie) de Varsovie se prononça dans une affaire Koch : celui-ci avait été, pendant la seconde guerre mondiale, Gauleiter et Oberpräsident (gouverneur) de la province de Prusse orientale (à laquelle avait été annexée une partie de la Pologne). C'est au titre de sa deuxième qualité qu'il fut accusé d'avoir organisé la déportation du demandeur Piansko et de sa famille au camp d'Auschwitz; le tribunal l'a reconnu coupable en se basant, notamment, sur la

<sup>1</sup> Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1939-1942, Case n° 115.

section 3 de la Convention de La Haye n° 4 du 18 octobre 1907, qui "constitue du ius cogens, c'est-à-dire qu'elle contient des règles dont l'application ne dépend pas des Etats"<sup>1</sup>. Plus récemment, en 1965, la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne admit l'existence de "certaines règles élémentaires" auxquelles les Etats ne pouvaient déroger dans les traités. Elle rejeta cependant, en l'espèce, la requête de l'entreprise suisse qui invoquait la nullité de l'accord germano-suisse de 1962 instituant un impôt sur les sociétés suisses établies en République fédérale, sous prétexte que celui-ci servirait à dédommager les victimes de la guerre et que les ressortissants étrangers ne devaient pas contribuer à ce type de charges. La Cour estima que cette règle ne relevait pas du ius cogens international<sup>2</sup>.

Plus délicate encore aux yeux du droit devrait apparaître la décision rendue par le tribunal d'arrondissement de La Haye, le 11 décembre 1956, qui se prononça cette fois sur la validité de traités conclus entre deux Etats tiers. Un fabricant d'instruments de musique, Julius Keilwerth, se défendait d'une action en confiscation de ses biens, le demandeur prétendant que l'intéressé était de nationalité allemande. Le défendeur<sup>3</sup> contestait l'acquisition de cette dernière nationalité parce que l'accord de Munich, du 29 septembre 1938, de même que le traité germano-tchèque sur la nationalité du 20 novembre 1938 ainsi, enfin, que la loi allemande du 21 novembre 1938 sur la réunion du territoire des Sudètes au Reich, étaient nuls au regard du droit international et que, partant, le décret néerlandais sur la confiscation des

<sup>1</sup> Cfr. International Law Reports, vol. 30, 1966, pp. 496 sq. et spécialement p. 503 (Décision de la Cour suprême du 10 novembre 1959).

<sup>2</sup> Voy. RIESENFELD S., "Ius dispositivum and ius cogens in the Light of a recent Decision of the German Supreme Constitutional Court", in A.J.I.L., 1966, pp. 511-515; B.Verf.Ge, Bd 18, (pp. 448 sq).

<sup>3</sup> D'origine sudète.

biens de l'ennemi lui était inapplicable. Les juges de La Haye lui donnèrent raison<sup>1</sup>.

§ 4. La protection internationale des droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination. La portée de deux règles du droit international général pour le droit interne

L'examen de la jurisprudence internationale et interne laisse présager qu'il existe des règles de droit international dont le respect s'impose aux Etats, même en l'absence d'une adhésion expresse de ceux-ci.

Appréciée du point de vue du droit étatique proprement dit, la question de l'existence de limites hétéronomes empêchant d'introduire dans les constitutions internes des dispositions contraires aux règles impératives du droit international fut longtemps (et, dans une certaine mesure, reste encore) négligée par la doctrine sous prétexte qu'elle ne revêtait qu'un intérêt académique.

Certains auteurs ont même écarté l'éventualité d'un tel conflit : "Il n'est guère concevable qu'une procédure solennelle de modification de la constitution soit mise en oeuvre pour élaborer des règles directement contraires aux dispositions d'un traité international. C'est là, semble-t-il, une question toute théorique que l'on pourrait laisser de côté"<sup>2</sup>.

Or, la réalité contemporaine semble démentir cet optimisme, sans compter que l'argument est théoriquement faible. C'est pourquoi on choisit d'illustrer par deux exemples l'idée qu'apparaît bien

<sup>1</sup> Amato Narodni Podnik v. Julius Keilwerth, International Law Reports, vol. 24, 1957, pp. 435 sq. et surtout p. 437.

<sup>2</sup> DE MEURON A., L'autorité des traités internationaux en droit suisse, Neuchâtel, thèse, 1937, p. 85.



une notion de légitimité collective. Celle-ci confirme l'hypothèse d'une soumission des divers ordres étatiques à certaines règles du droit international, si du moins certaines conditions sont respectées<sup>1</sup>.

#### a) La protection internationale des droits de l'homme

-----

Phénomène récent, la codification internationale des droits de l'homme s'oppose, à certains égards, à l'affirmation du principe de non-intervention qui structure le droit des gens contemporain.

En dépit de cette antinomie, puisqu'en toute hypothèse, il n'existe pas encore aujourd'hui de norme de droit international habilitant un Etat à intervenir dans l'Etat qui violerait ces droits fondamentaux<sup>2</sup>, on va entreprendre de montrer comment s'est édifiée progressivement la conscience d'une obligation de droit international à l'endroit du respect par l'ensemble des sujets de droit des droits de l'homme.

Quelle est la nature des droits de l'homme ? Selon certains auteurs, ils font partie des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées<sup>3</sup>. D'autres soutiennent qu'ils appartiennent au droit coutumier international<sup>4</sup>. Sans aucun doute, les dispositions de la Charte ne formulent qu'un simple vœu et n'ont pas de caractère obligatoire. La juridicité aussi de la déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée au sein de l'O.N.U., paraît contestée<sup>5</sup>, du moins jusqu'à l'entrée en vigueur

<sup>1</sup> Supra, titre 3 de la 2ème partie.

<sup>2</sup> RUMPF H., op. cit., p. 11.

<sup>3</sup> MARCUS-HELMONS S., "Droits de l'homme et Ius Cogens", in Libet/amicorum F. Dumon, Anvers, Kluwer, 1982, p. 1173.

<sup>4</sup> MARTENSEN J., op. cit., pp. 101 sq.

<sup>5</sup> RUMPF H., op. cit., pp. 10 sq.; GURADZE H., op. cit., pp. 117-118, 132.

en 1976 des deux grandes conventions des Nations-Unies : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, votées le 19 décembre 1966<sup>1</sup>.

En dépit des résolutions récentes qui ont rappelé le principe de non-intervention<sup>2</sup>, il convient de se demander si la matière des droits de l'homme dépend bien encore aujourd'hui du domaine réservé à la souveraineté étatique. Il semble admis de plus en plus largement, du moins en théorie, que la protection des droits de l'homme soit bien devenue une obligation du droit international général et, peut-être même, du ius cogens. Les justifications invoquées sont diverses.

Le Britannique Sir Hersch Lauterpacht invoque le fondement méta-juridique des droits de l'homme d'où il déduit le caractère purement déclaratoire de tous les actes qui confèrent des droits aux individus<sup>3</sup>; c'est pourquoi encore les droits de l'homme sont supérieurs à tous les attributs de la souveraineté de l'Etat<sup>4</sup>.

Une façon plus réaliste d'aborder le problème est de reconnaître dans une série d'instruments internationaux réaffirmant le respect des droits de l'homme une des conditions de la paix entre les Etats : tel serait l'objectif ultime de l'article 55 du Pacte des Nations-Unies, du Préambule de la Déclaration de 1948, du paragraphe 3 du Préambule de la déclaration de l'O.N.U. de 1970, voire même de l'acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, qui s'est tenue à Helsinki en 1975<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Voy. dans ce sens RUMPF H., op. cit., ibid.

<sup>2</sup> Voy. section 3 paragraphe 1, note 2.

<sup>3</sup> LAUTERPACHT H., International Law and Human Rights, 1968 (2), p. 69.

<sup>4</sup> LAUTERPACHT H., op. cit., p. 70.

<sup>5</sup> Dans ce sens : RUMPF H., op. cit., pp. 30 sq.; MARCUS HELMONS S., op. cit., p. 1174.

Bien que la violation de ces droits démente quotidiennement les principes affirmés, il ne paraît plus concevable en droit des gens que celle-ci soit l'objet d'une reconnaissance juridique officielle; qui plus est, les droits de l'homme constituent bien une source impérative du droit international.

En vertu de sa reconnaissance générale, de sa consécration dans la coutume, les principes généraux et de nombreuses conventions, l'importance primordiale enfin que son aspect revêt pour le maintien de tout ordre juridique et, en particulier, de l'ordre juridique international, la matière des droits de l'homme réunit peut-être certains caractères reconnus aux dispositions du ius cogens. En soulignant l'aspect évolutif du contenu de cette matière, on retrouvera une des particularités du droit international et du droit en général qui ne peut jamais s'apprécier hors des contingences spatiales et temporelles. Ceci explique qu'aucune énumération des droits de l'homme ne satisfasse jamais dans l'absolu, sans cependant que cette incertitude ne puisse devenir un alibi ou un prétexte pour refuser l'examen et la réelle prise en charge par le droit lui-même d'un domaine trop souvent abandonné aux discussions partisans. La dignité humaine, source de toute société civilisée et démocratique, se concrétise dans la reconnaissance et le respect de droits considérés comme essentiels à l'être humain, confronté à un certain nombre d'aspirations et de besoins toujours susceptibles de se modifier. En un sens, il y a relativité mais la rigueur du principe n'en apparaît que plus nécessaire à sauvegarder et, à ce titre, convainc de l'obligation dont est tenue la communauté internationale de mettre en oeuvre tous les moyens de droit à sa disposition et, s'il le fallait, d'en imaginer de nouveaux même puisqu'il s'agit de préserver les assises de son édification. Des efforts témoignent de ce souci : adoption de conventions et de résolutions interna-

tionales, jurisprudence plus audacieuse<sup>1</sup>, diversification encore des modes d'intervention.

La prudence, qui commande plus que jamais les relations diplomatiques, freine cependant le processus et l'efficacité d'une protection dont l'enjeu paraît pourtant étroitement lié au maintien de la paix mondiale.

b) Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes - Droit de sécession et intégrité du territoire  
-----

Parce qu'il est souvent énuméré parmi les droits de l'homme<sup>2</sup> ayant rang de norme de ius cogens<sup>3</sup>, on aurait pu traiter du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le paragraphe précédent.

L'exposé cependant y était trop rudimentaire face à l'abondante littérature que ce thème a suscitée, surtout depuis la fin de la seconde guerre mondiale. L'objectif poursuivi ici est de montrer l'intérêt spécifique de cette matière pour la problématique des limites à l'ordre souverain qui découlent de son interconnexion avec d'autres ordres juridiques. La règle que l'on étudie a une vocation singulière. En reconnaissant le vœu d'autodétermination

<sup>1</sup> Infra, 2ème partie, et NICOLOUDIS E.P., La nullité de ius cogens et le développement contemporain du droit international public, Athènes, Lapazissi, 1974, p. 140.

<sup>2</sup> DOEHRING K., Das Selbstbestimmungsrecht der Völker des Grundsatz des Völkerrechts, Muller, 1973, p. 25 et note 50; BUCHHEIT L.C., op. cit., p. 76 sq.

<sup>3</sup> Voy. par ex. l'exposé écrit de l'Espagne, dans l'affaire du Sahara occidental, in Rec., 1975, p. 207.

des peuples, elle doit l'accommoder à la fois aux intérêts des Etats unifiés et au souci légitime de paix nécessaire à l'ordre du monde<sup>1</sup>.

On a beaucoup épilogué sur la portée véritable du droit à l'auto-détermination reconnu "aux peuples" par les articles 1 paragraphe 2 et 55 de la Charte des Nations-Unies. Bien des observateurs ont contesté sa portée juridique en raison du contenu incertain et indéterminé des dispositions qui y sont relatives dans la Charte<sup>2</sup>. Pourtant, la réaffirmation de ce principe dans de nombreuses résolutions<sup>3</sup> convainc la plupart des internationalistes de l'existence d'une norme du droit international coutumier<sup>4</sup>, même en l'absence d'une règle conventionnelle<sup>5</sup> ou d'un principe général de droit<sup>6</sup>.

Certes, le droit à l'autodétermination est le support de revendications multiples : droit de définir ses propres intérêts, droit à la décolonisation, droit à des ressources naturelles et économiques propres, droit de former un Etat, droit à la sécession, droit de s'associer à d'autres Etats, droit à la protection pour les minorités d'un Etat regroupant plusieurs ethnies, droit à l'autonomie religieuse, culturelle, .... La portée, cependant, du

<sup>1</sup> BUCHHEIT L.C., Secession, New Haven & London, Yale University Press, 1978, p. 8.

<sup>2</sup> Dans ce sens, EISEMANN H., Der Streit um Gibraltar, *op. cit.*, p. 138; GROSS L., "The Right of Self Determination in International Law", in News States in Modern World, Harvard- United Press.

<sup>3</sup> Résolution 1514 (XV) de l'A.G. du 14 décembre 1960; résolution 2160 (XXI) du 30 décembre 1960; résolution 2621 (XXV) du 12 octobre 1970; résolution 2627 (XXV) du 24 octobre 1970 et surtout résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 où est contenue la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération tel les Etats conformément à la Charte des Nations-Unies.

<sup>4</sup> CALOGEROPOULOS STRATIS A., *op. cit.*, p. 263; EISEMANN H., *op.cit.*, p. 138.

<sup>5</sup> GUILHAUDIS J.F., *op. cit.*, p. 175.

<sup>6</sup> DOEHRING K., *op. cit.*, p. 25.

principe est restreinte si l'on considère l'intention et la pratique développées au sein, du moins, de l'organisation universelle depuis 1948 et, dans une certaine mesure aussi, du droit international général.

Au lendemain de la seconde guerre, les territoires coloniaux apparurent rapidement un des foyers les plus menaçants pour la paix mondiale. Pour trouver un fondement juridique au processus de décolonisation indispensable au maintien de l'équilibre, on adapta le vieux principe des nationalités et au nom du droit à l'autodétermination, on reconnut le droit pour les peuples coloniaux qui n'avaient pas encore de structures étatiques propres d'accéder, s'ils le désiraient, à l'indépendance : cependant, l'autonomie n'était concédée que dans les frontières jugées intangibles et imposées par les anciennes métropoles. Ainsi, les peuples non constitués en Etats ont-ils le droit de disposer d'eux-mêmes. Le concept de peuple, s'il n'est pas impropre, rend mal compte du sujet effectivement visé par l'O.N.U. : il s'agit seulement des peuples "coloniaux"<sup>1</sup> qui se distinguent donc nécessairement ici d'une définition tenant compte soit d'éléments objectifs soit de critères subjectifs d'appartenance<sup>2</sup>. Le peuple dont il est question ne recouvre pas une homogénéité ethnique mais un ensemble composé des ressortissants du territoire de l'ex-colonie<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> GUILHAUDIS J.F., op. cit., pp. 44 sq.

<sup>2</sup> BUCHHEIT L.C., op. cit., pp. 9-11.

<sup>3</sup> Le conflit surgi à propos du mode d'organisation de scrutin à adopter lors de l'accession à l'indépendance des trois îles françaises des Comores illustre ceci. Le Sénat français proposant une consultation des populations (île par île, aux ethnies différentes) tandis que l'Assemblée nationale voulait une consultation de la population (voy. séance du 17 octobre 1974, in Débats de l'Assemblée Nationale, pp. 5164-5176). Le 22 décembre 1974, 95 % des habitants réunis votaient pour l'indépendance, parmi lesquels, cependant, 35 % du peuple de Mayotte acceptait ce principe. On décida alors, par une Loi du 13 décembre 1975, de procéder à une nouvelle consultation des seuls habitants de la Mayotte. Cette loi donna lieu à une décision du Conseil constitutionnel, le 31 décembre 1975 (in J.O.R.F. 3 janvier 1976). Voy. aussi note de MAESTRE J.C.,

Assez curieusement, l'hétérogénéité des populations est l'un des traits les plus caractéristiques des Etats nouveaux issus de la décolonisation.

Alors que les combats faisaient rage au Nigéria et que la défaite du Biafra était imminente, le secrétaire général de l'O.N.U., M. U. Thant, déclarait à Dakar, le 9 janvier 1970 : "Vous vous rappellerez que les Nations-Unies dépensèrent plus de 500 millions de \$ au Congo pour prévenir la sécession du Katanga (...). En tant qu'organisation internationale, les Nations-Unies n'ont jamais accepté, n'acceptent pas et n'accepteront jamais, je pense, le principe de la sécession d'une partie de ses Etats membres"<sup>1</sup>. Le droit à l'autodétermination ne signifie donc nullement l'octroi d'un droit de sécession pour n'importe quel secteur d'un Etat membre donné. La déclaration est nette et répond bien aux objectifs de paix de l'organisation internationale. Cette interprétation restrictive du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes lève ainsi la contradiction apparente de celui-ci avec le principe de la souveraineté des Etats qu'une définition sommaire aurait pu accréditer à première vue.

Les Nations-Unies ont conçu le droit à l'autodétermination comme l'arme juridique de la décolonisation mais pas comme la possibilité de modifier les frontières internes d'un Etat ou la répartition ethnique au sein de celui-ci.

Choisi parmi d'autres, l'exemple de la sécession katangaise est révélateur des intérêts défendus par l'O.N.U.<sup>2</sup>. Les raisons politiques de la condamnation par la communauté internationale de la sécession katangaise étaient au moins trois : le poids économique "L'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit d'autodétermination", in R.D.P., 1976, pp. 431.

<sup>1</sup> 7h - U.N. Monthly Chronicle, February 1970, p. 36.

<sup>2</sup> Sur ce point, voy. BUCHHEIT L.C., op. cit., pp. 141 sq. et références note 4, p. 14.

énorme de la province laissait augurer le pire pour l'avenir de la république du Congo en cas de sécession. La majorité des membres de l'O.N.U., ensuite, doutait de ce que le régime de Tshombé fût représentatif des souhaits émis par l'ensemble de la population. Enfin, la crainte de voir s'instaurer une forme de néo-colonialisme (et notamment dans le Chef de l'ancien Etat colonisateur) explique l'attitude politique du Conseil de sécurité. Le motif juridique de la condamnation fut rappelé dès les premières lignes de la Résolution adoptée par le Conseil, le 24 novembre 1970<sup>1</sup> : l'intervention des Nations-Unies a pour seul but de "maintenir l'intégrité territoriale et l'indépendance politique du Congo". Le paragraphe 8 de la même résolution déclare, en termes non équivoques, que "toutes les activités sécessionnistes contre la république du Congo sont contraires à la "Loi fondamentale" et que le Conseil de sécurité décide et enjoint que de telles activités cessent"<sup>2</sup>. En conséquence, il rejetait toute prétention du Katanga à devenir un Etat indépendant.

Le représentant du Guatemala à l'O.N.U répéta, quelques années plus tard, que "le privilège du droit des peuples à l'autodétermination ne peut en rien contrevenir au droit à l'intégrité du territoire ou pour tout Etat au droit de recouvrer son intégrité territoriale"<sup>3</sup>. Comme disait U. Thant en 1970, "si l'on appliquait le principe de l'autodétermination à cinq, à dix, à vingt régions différentes d'un Etat membre, je crains qu'alors il n'y ait pas de fin aux problèmes qui se poseraient"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. Résolution 169 dans l'affaire du Katanga du 24 novembre 1961, in 16 U.N. Scor, Suppl. Octobre-Décembre 1961, p. 148. U.N.Doc. 5/5002 (1961).

<sup>2</sup> 16 U.N. Scor, op. cit., p. 149.

<sup>3</sup> U.N. Doc. A/L 325, R.B. 1965, p. 336.

<sup>4</sup> 7 U.N. Monthly Chronicle, February 1970, p. 36.



Certes, de nombreux mouvements sécessionnistes et autonomistes<sup>1</sup> se réfèrent au droit à l'autodétermination qui fonderait également leurs prétentions à l'indépendance et quelle que soit la forme politique, économique, culturelle, religieuse revendiquée<sup>2</sup>.

L'état actuel du droit international positif et, jusqu'à preuve du contraire, le réalisme politique ne permettent pas une telle extension de la notion.

Le droit à l'autodétermination, c'est évident, s'impose aux Etats colonisateurs comme une norme du droit international. Sa portée cependant doit être bien comprise et deux sens seulement sont admissibles aujourd'hui, dont l'incompatibilité n'est qu'apparente.

Le premier, c'est celui du droit reconnu aux peuples colonisés non encore indépendants d'accéder à l'indépendance. La Résolution 1514 (XV) de l'O.N.U. est claire qui entend sauvegarder l'intégrité territoriale telle qu'elle fut définie par l'ex-métropole en refusant une modification des frontières de l'ancienne colonie sous prétexte de l'autodétermination. La décolonisation étant

<sup>1</sup> Sur ces notions, voy. par ex., BROSSARD J., op. cit., pp. 80 sq.

<sup>2</sup> Voy. BROSSARD J., op. cit., à propos du Québec; VEITER Th., op. cit., à propos du Jura suisse; EISEMANN H., op. cit., à propos de Gibraltar et les résolutions de l'Assemblée générale de l'O.N.U. :  
 - 2070 (XX) 16 décembre 1965 (G.A.O.R. 20 Sess/Annexe 1/Agenda item 23, p. 82);  
 - 2231 (XXI) 20 décembre 1966 (G.A.O.R. 21 Sess/Suppl. 16, p. 74);  
 - 2353 (XXII) 19 décembre 1967 (G.A.O.R. 22 Sess/Suppl. 16, p. 53);  
 - 2429 (XXIII) 18 décembre 1968 (G.A.O.R. 23 Sess/Suppl. 18, p. 64).

Affaire du Sahara occidental :

- Avis consultatif de la C.I.J., in Rec. 1975, pp. 29-30;  
 - Mémoire écrit de l'Espagne, op. cit., pp. 206 sq.

quasi achevée aujourd'hui, le mérite de l'octroi du droit à l'autodétermination perd en intérêt pratique ce qu'il a gagné au niveau de sa reconnaissance par la science du droit.

L'autre sens acceptable concerne le droit des peuples constitués en Etats de disposer d'eux-mêmes. Une lecture attentive de la Résolution 2131 (XX) de l'O.N.U. est très instructive à cet égard : en affirmant que chaque Etat a un droit inaliénable à choisir seul sa ligne politique, économique et sociale et aussi le devoir de non-intervention, le droit d'autodétermination se connote d'une résonance négative en répondant comme la nymphe Echo au principe de la non-intervention<sup>1</sup>.

Ces deux sens combinés ménagent parfaitement le principe de la souveraineté étatique : dans ce contexte, la sauvegarde de l'intégrité du territoire, le refus de la sécession et, a fortiori, des revendications autonomistes sont les corollaires indispensables à l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Il paraît même que cette obligation appartient au ius cogens international et conditionne - mais seulement de manière restrictive - le comportement constitutionnel interne des Etats colonisateurs (en ce qui concerne le droit des peuples non encore constitués en Etats) et le comportement externe de chaque Etat dans ses relations avec les autres (en ce qui concerne le droit des peuples constitués en Etats), n'étant dans ce sens qu'une redondance ou, si l'on veut, une formulation plus moderne du principe de non-intervention.

---

<sup>1</sup> EMERSON R., "Self Determination", in A.J.I.L., 1971, vol. 65, p. 466.

"Aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde"<sup>1</sup>, rappelait la Cour internationale de justice dans son avis consultatif rendu dans l'affaire du Sahara occidental.

Le libre choix paraît ainsi être la principale conséquence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, entendu dans ce second sens<sup>2</sup>. On pourrait objecter évidemment qu'ainsi comprise, la revendication d'autodétermination s'opposerait au principe même d'une subordination de l'ordre interne à des règles internationales.

Le propos n'est pas dénué d'ambiguïtés, il est vrai : il conviendra de montrer dans la deuxième partie de ce travail que, moyennant le respect de certaines conditions de validité, les limitations subies dans l'ordre interne sont une garantie de la coexistence pacifique entre les Etats, dans l'état actuel des relations internationales.

#### § 5. Considérations provisoires sur la portée de l'inhibition des règles de droit international pour le droit constitutionnel interne

On a déjà écrit précédemment qu'en l'absence du cadre théorique nécessaire à l'édification d'une théorie générale des conditions de validité des limites restreignant l'exercice de la fonction constituante dans un Etat<sup>3</sup>, l'appréciation était provisoire du rôle spécifique exercé par les règles du droit international général. Jusqu'ici, on s'est tenu à illustrer par quelques exemples

<sup>1</sup> Op. cit., Rec. 1975, p. 43.

<sup>2</sup> EMERSON R., op. cit., pp. 465-466; DAILLIER P., PELLET A., op. cit., p. 367.

<sup>3</sup> Ce cadre sera fixé dans la deuxième partie du travail.

une intuition dont il faudra vérifier, à l'aide de paramètres rationnels, les fondements. Le caractère rudimentaire de cette approche n'empêche pas cependant que l'on précise ici, sous la forme de certaines réserves, quelques aspects de ce respect dû par le constituant interne aux règles du droit international.

La première réserve concerne l'étendue de la restriction. A l'instar de ce qui a été préconisé pour les règles du droit international spécial, aucune règle du droit international ne saurait comme telle affecter la capacité constitutionnelle interne de l'Etat, du moins si on l'envisage du point de vue de l'ordre international<sup>1</sup>.

Aussi, ne peut-on concevoir que la violation d'une règle du droit international général par une disposition constitutionnelle entraîne sa nullité par le droit international du seul fait de son adoption.

Une deuxième réserve est alors formulée. On ne peut admettre que l'ordre juridique international puisse, sinon empêcher, du moins sanctionner l'adoption d'une règle de droit constitutionnel étatique contrevenant aux normes impératives produites par lui sans qu'aucune violation effective de celles-ci ne soit nécessaire. La manifestation classiquement admise de la primauté du droit international consiste en sa seule réalisation par l'engagement de la responsabilité de l'Etat ayant fait subir un dommage du fait de la violation effective d'une règle du droit des gens. Le droit international ne semble donc pas s'intéresser au contenu matériel des règles internes proprement dites mais seulement à l'effet que

---

<sup>1</sup> Dans la deuxième partie, on nuancera cette assertion par des considérations tirées d'une hypothèse générale révélant un autre point de vue que celui de l'ordre juridique international.

celles-ci peuvent avoir dans les rapports internationaux<sup>1</sup>. Certains organes législatifs se sont prononcés très nettement sur ce point; ainsi, dans son message du 4 mai 1954, à l'occasion de l'initiative dite de Rheinau<sup>2</sup>, le Conseil fédéral suisse déclara-t-il : "Les principes généraux du droit des gens n'ont pas sur le droit constitutionnel des divers Etats une primauté qui priverait ceux-ci du pouvoir d'insérer dans leur constitution une disposition non conforme au droit des gens"<sup>3</sup>.

Le Conseil fédéral rejette ainsi nettement le principe d'une réduction de la capacité de l'Etat par des règles du droit international. Cependant, la pratique internationale, de même que la doctrine ont admis le principe d'une responsabilité du législateur en raison de la violation du droit international. Il faut préciser le sens et la portée qu'elles lui ont donnés. L'acte normatif contraire à une règle de droit international peut être

<sup>1</sup> DE VISSCHER Ch., "Responsabilité internationale des Etats et protection diplomatique, in Rev. de dr. intern. et de législ. comparée, 1927, p. 254; VITTA E., La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi, Milano, Giuffrè, 1953, p. 25.

<sup>2</sup> Une initiative populaire fut déposée le 23 février 1953, tendant à compléter l'article 24bis alinéa 2 de la Constitution fédérale, et était ainsi rédigée : "La beauté des sites doit être ménagée; elle doit être conservée intacte si un intérêt public majeur l'exige". La disposition transitoire accompagnant l'initiative tendait à l'annulation de la concession du 24 décembre 1944 octroyée pour la construction d'une usine hydraulique sur le Rhin à Rheinau, en entente avec le gouvernement de Bade et montre ainsi que cette initiative avait essentiellement pour but d'empêcher l'édification du barrage. L'initiative fut finalement repoussée en 1954. Pour un commentaire, voy. GUGGENHEIM P., Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Karlsruhe, Müller-Verlag, 1955, pp. 13 sq.

<sup>3</sup> Feuille fédérale, 1954, I, p. 715.

imputable à l'Etat dont l'organe compétent a pris pareille disposition sans qu'importe la nature - constitutionnelle, légale, décrétole ... - de l'acte incriminé<sup>1</sup>. Cependant, ce n'est pas l'acte envisagé d'un point de vue formel qui retient l'attention du juge international, il faut encore qu'il soit à l'origine d'un manquement effectif à la norme du droit des gens. La faute ou le fait imputables<sup>2</sup> ne résident pas tant dans l'activité du législateur ou du constituant que dans ce que l'acte normatif a pu servir de base juridique à l'accomplissement d'un comportement reconnu ensuite avoir transgressé l'ordre international.

Par conséquent, l'Etat ne pourra invoquer sa propre législation pour échapper à ses obligations internationales. Ceci ressort, notamment, de l'avis consultatif rendu par la Cour permanente de justice internationale à propos du traitement des ressortissants de langue polonaise de la Ville libre de Dantzig<sup>3</sup>.

Dans l'affaire dite de "L'Alabama", le Tribunal arbitral de Genève estima, dans sa sentence du 14 septembre 1872, que le gouvernement britannique ne pouvait justifier ses manquements aux règles sur la neutralité internationale pendant la guerre de Sécession entre le Nord et le Sud des Etats-Unis, du seul fait de l'insuffisance de ses dispositions normatives internes<sup>4</sup>.

Il faut enfin que l'acte incriminé ait occasionné un dommage<sup>5</sup>. Il y a dommage lorsque les droits subjectifs d'un sujet du droit des

<sup>1</sup> VITTA E., op. cit., p. 26.

<sup>2</sup> Sur ce point, voy. not. DE VISSCHER Ch., op. cit., pp. 252 et 254.

<sup>3</sup> Avis de la C.P.I.J. du 4 février 1932, in Série A/B, n° 44.

<sup>4</sup> DE LAPRADELLE A. et POLITIS N., Recueil des arbitrages internationaux, Paris, Pédone, III, 1954, p. 891.

<sup>5</sup> VITTA E., ibid., p. 83 et références.

gens ont été violés : un Etat, mais aussi la communauté internationale toute entière<sup>1</sup>, une partie plus restreinte - les Nations-Unies, par exemple - de celle-ci, dans certains cas encore l'individu.

Ce rappel succinct des principes élémentaires de la responsabilité internationale du fait du législateur interne d'un Etat suffit à démontrer qu'ils n'apportent pas de solution à la question qu'on est appelé à résoudre. La responsabilité internationale, on le voit, signifie pour l'Etat l'obligation de réparer le dommage subi par un sujet du droit international par la faute de cet Etat. Le juge international ou l'arbitre ne sont pas habilités à se prononcer sur la validité comme telle d'un acte normatif interne; ils doivent veiller à rétablir l'équilibre juridique de rapports qui a été rompu à la suite d'une méconnaissance d'une obligation internationale.

---

<sup>1</sup> Voy. l'opinion d'ALVAREZ dans l'affaire du Sud Ouest africain, in Rec., 1950, p. 177 : "Etant donné que le droit international nouveau se fonde sur l'interdépendance sociale, on trouve dans celui-ci bien des obligations des Etats sans trouver le titulaire des droits relatifs à ces obligations : ce titulaire est la société internationale".

Quel sens pourrait avoir un mode d'intervention défiant les bases mêmes des rapports entre l'ordre juridique des Etats et celui de la communauté internationale<sup>1</sup>? Suffit-il d'évoquer les horreurs d'un génocide éventuel pour fonder un droit à l'intervention<sup>2</sup> ?

Le raisonnement peut être poussé plus loin encore : à supposer que l'ordre international disposât de cette prérogative, quelle serait l'efficacité d'une annulation internationale dans l'ordre interne d'un Etat déterminé à transgresser les normes estimées appartenir au patrimoine le plus essentiel de l'humanité ? Ainsi, le réalisme juridique, la prudence et la modestie scientifique font conclure par la négative à la question soulevée de la possibilité théorique d'une annulation par l'ordre juridique

---

<sup>1</sup> La question des rapports entre le droit interne et le droit international est toujours considérée aujourd'hui comme un problème relevant du droit interne, soit constitutionnel, soit juridictionnel, soit procédural. Le droit international ne prescrit pas s'ils doivent s'inspirer de la thèse moniste ou dualiste. La définition pluraliste du phénomène normatif (telle qu'on l'envisagera plus tard) a pour corollaire, en tout cas, de reconnaître l'autonomie de l'ordre juridique interne sur ce point. Le caractère originaire de l'autonomie de l'Etat a été décrit, pour la première fois, dans sa perspective pluraliste par Santi Romano dans son ouvrage L'ordre juridique (1946, traduction FRANCOIS L. et GOTHOT P., Paris, Dalloz, 1975, voy. en particulier le paragraphe 36).

<sup>2</sup> Santi Romano (ibid.) paraît rejeter catégoriquement l'idée d'une "légitimation" de l'ordre interne par l'ordre international, même s'il envisage sa "relevance" du premier par le second quant à son contenu (cf. paragraphe 38 et p. 120 : "Il (l'ordre international) peut toutefois influencer sur celui-ci en imposant ou en interdisant à l'Etat de produire tel droit objectif déterminé ou, à l'inverse, en l'y autorisant. De toutes façons, le principe ne doit être maintenu que si l'Etat contrevient à ces dispositions du droit international et donne à son ordre un contenu qui ne leur est pas conforme, il aura violé un devoir qu'il a dans l'ordre international mais son ordre interne n'en sera pas moins en soi pleinement légitime"). On cite ici les propos de Santi Romano, non sans formuler certaines réticences sur le sens qu'il donne à la notion de "pluralité" des ordres juridiques, lequel diffère de celui qui sera exposé dans notre exposé.



international des dispositions constitutionnelles internes violant les normes du ius cogens; cette conclusion corrobore ainsi l'état du droit international positif qui exclut pratiquement pareille hypothèse.

**TITRE 3. LES DEUX MODELES DE LIMITES MATERIELLES SUSCEPTIBLES**  
**DE S'IMPOSER A L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTI-**  
**TUANTE**

L'inventaire des limites matérielles exposées dans la première partie de ce travail a été entrepris selon un procédé empirique. Les différentes catégories proposées reprenaient les principes d'une classification communément adoptée par les auteurs qui ont traité de la problématique des limites matérielles. Ces principes se révélaient être assez pragmatiques. Il paraît nécessaire, au terme de cette enquête, de rassembler l'ensemble des hypothèses de limites matérielles envisagées précédemment et d'illustrer cette synthèse par un tableau commenté : c'est l'objet du premier chapitre du troisième titre. La démarche est utile car elle permettra de dégager deux modèles de limites<sup>1</sup>. La construction de ceux-ci donnera les bases de la méthode adoptée pour poursuivre dans la deuxième partie par une réflexion plus théorique l'approche empirique de la problématique des limites matérielles engagée dans la première partie.

---

<sup>1</sup> Chapitre 2 du Titre 3.

**CHAPITRE I. L'APERCU SYNTHETIQUE DES LIMITES MATERIELLES SUSCEPTIBLES DE S'IMPOSER A L'EXERCICE DE LA FONCTION CONSTITUANTE**

**SECTION 1. LE TABLEAU RECAPITULATIF DES HYPOTHESES DECRITES DE LIMITES MATERIELLES**

Pour illustrer de façon synthétique l'ensemble des hypothèses de limites matérielles décrites dans les deux premiers titres, on propose un tableau qui les classe sans préjuger encore de leur valeur ni de leur autorité respectives. Cette classification est nécessaire cependant avant d'aborder ces aspects de la problématique.

CHAMP NORMATIF	DROIT INTERNE	ETHIQUE	DROIT RELIGIEUX	DROIT INTERNATIONAL
FORME	<p>-1 LIMITES EXPRESSES</p> <p>source : la constitution</p> <p>-2 LIMITES IMPLICITES</p> <p>source : l'interprétation littérale de</p> <p>-3 LIMITES IMMANENTES</p> <p>source : l'interprétation systématique, historique, idéologique de la constitution</p>	<p>-LIMITES IMMANENTES</p> <p>sources:</p> <p>1. le droit naturel : l'interprétation par la doctrine (ou la jurisprudence) de l'"ordre naturel"</p> <p>2. la justice ; les impératifs dictés par la réalité sociale : l'interprétation par la doctrine (ou la jurisprudence) de l'"ordre social"</p>	<p>- LIMITES EXPRESSES</p> <p>source : la soumission volontaire du constituant</p>	<p>1 LIMITES EXPRESSES</p> <p>sources :</p> <p>1. la soumission du constituant interne</p> <p>2. les traités normatifs</p> <p>3. les traités institutionnels</p> <p>2 LIMITES IMPLICITES</p> <p>source : les règles de droit international général</p>
NATURE	AUTONOMIE	HETERONOMIE INCORPOREE	<p>AUTONOMIE PAR INCORPORATION</p> <p>HETERONOMIE PAR CORPORATION</p>	<p>HETERONOMIE</p> <p>AUTONOMIE PAR INCORPORATION</p> <p>HETERONOMIE PAR CORPORATION</p>

## SECTION 2. LES COMMENTAIRES DU TABLEAU

### § 1. La pluralité des champs normatifs

Le tableau récapitulatif que l'on vient d'exposer fait état de quatre champs normatifs.

Le champ normatif est un ensemble plus ou moins structuré qui produit des règles dotées d'une force contraignante pour un groupe d'individus. On appelle "ordre" normatif le champ normatif dont la structure est nettement élaborée : tel est le cas du champ normatif de l'Etat. On montrera, en revanche, pourquoi on ne peut qualifier d'"ordre" l'ensemble des règles de l'éthique d'une société particulière. Celui-ci est insuffisamment structuré en effet pour jouir de pareille qualité<sup>1</sup>. L'épithète "normatif" a été préférée à celle de "juridique" parce qu'elle désigne de façon plus générale la règle obligatoire. Si les ordres juridiques que forment l'Etat ou l'ordre international sont sans conteste des champs normatifs, on doit considérer que les règles éthiques d'une société déterminée constituent aussi un champ normatif, même si on ne peut les nommer règles de droit.

Quatre champs normatifs différents peuvent affecter le champ normatif de l'Etat dans l'exercice de son activité constitutionnelle.

Une observation s'impose d'emblée : la problématique des limites matérielles requiert une "désidentification de l'Etat et du droit"<sup>2</sup>. Celle-ci revêt au moins trois significations :

<sup>1</sup> Infra, p. 380.

<sup>2</sup> RIGAUX F., "Le droit au singulier et au pluriel", in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1982, n° 9, p. 4.

- L'Etat d'abord n'occupe pas seul l'espace juridique : d'autres ordres juridiques intéressent aussi la question des limites matérielles.
- Ensuite, l'ordre juridique étatique n'est pas maître absolu de son propre espace : d'autres systèmes normatifs sont susceptibles de contribuer à son élaboration.
- Enfin, le pluralisme des champs normatifs marque l'ouverture du droit de l'Etat à des ordres normatifs non juridiques, tels l'éthique dont la forme atténuée de normativité n'est pas pour autant dénuée d'effectivité, ce qui autorise qu'ainsi on soit mené à "nier toute différence de nature entre morale et droit, entre Sollen juridique et Sollen moral"<sup>1</sup>, et à choisir une dénomination générique commune pour indiquer le lieu d'apparition de la règle sociétaire. Le schéma annonce ainsi ce qu'on développera plus loin sous le concept de "structure réticulaire" des systèmes normatifs.

Il convient de relever que l'on considère comme un seul champ normatif celui qui, sous la rubrique d'"éthique", comprend notamment les règles qu'une partie de la doctrine qualifie de "droit naturel". On a indiqué auparavant que ces règles ne forment pas en soi un système de normes distinct du groupe plus englobant de celles qui constituent l'éthique en général. La désignation de règles de droit naturel procède davantage d'un parti pris doctrinal que de l'observation déduite d'une réalité normative spécifique.

## § 2. La forme des limites : limites expresses, limites immanentes, limites implicites

Trois catégories regroupent l'ensemble des formes sous lesquelles apparaissent les limites matérielles.

---

<sup>1</sup> RIGAUX F., op. cit., p. 55.

Par limites "expresses", on entend celles qui découlent immédiatement soit d'un texte, soit d'une règle non écrite (comme la coutume). L'immédiateté résulte essentiellement de la positivité, ce terme recouvrant ici sa signification la plus littérale.

A l'opposé, on classe les limites "immanentes". Celles-ci sont médiatisées par une interprétation doctrinale ou jurisprudentielle qui, on y reviendra, l'incorporent en quelque sorte à l'ordre interne. Les premières sont déduites d'un ordre normatif homogène à l'ordre social, qu'il s'agisse de l'ordre juridique étatique ou de l'ordre éthique. Les secondes relèvent d'un ordre - l'ordre naturel - qui, selon les interprètes, échappe à une préhension sensible et, en ce sens, est métaphysique.

Entre ces deux catégories, on en trouve une troisième - les limites "implicites" - dont la source est un texte normatif ou une règle non écrite, entendus non pas dans leur littéralité, mais seulement selon la traduction que le travail d'interprétation pense donner de leur esprit. La règle est ainsi médiatisée par un interprète, le juge ou le théoricien, qui prétend en dégager un contenu non expressément apparent.

Cette terminologie a été critiquée déjà<sup>1</sup>. Il ne faut pas s'étonner de la retrouver cependant au moment où l'on donne, dans un tableau, une vue synthétique des limites matérielles telles qu'elles sont relatées dans les ouvrages de droit constitutionnel.

---

<sup>1</sup> Supra, Titre 2.

### § 3. La nature des limites : autonomie ou hétéronomie

Le troisième paramètre figurant en ordonnée du tableau concerne la nature des limites matérielles. Elle est particulièrement révélatrice puisqu'elle fait la jonction entre les différents réseaux normatifs et donne ainsi de la typologie des limites matérielles une vision plus dynamique. On qualifie d'autonome la limite matérielle "réflexive", c'est-à-dire celle dont le champ normatif de départ (la source) est aussi le champ normatif d'arrivée. L'opération se déroule dans un seul système de production normative : l'ordre juridique étatique. Celui-ci élabore donc des limites matérielles à l'aide de ses propres sources juridiques. Elles sont destinées directement à certains des éléments appartenant à son ensemble de normes. On verra dans le chapitre suivant la fonction singulière qui découle de la nature "autonome" de ce type de limites.

On qualifie d'hétéronome la limite matérielle qui, pour emprunter la terminologie de la théorie mathématique des ensembles, définit une relation d'application d'un système normatif (à l'exclusion du système juridique étatique) sur le système juridique étatique<sup>1</sup>. L'opération se déroule entre deux systèmes de production normative distincts, ce qui détermine la nature "hétéronome" de la limite qui fait l'objet de la relation. Le champ normatif de départ qui institue la limite n'est pas le même que celui à qui elle est destinée (exclusivement et toujours, dans notre schéma, l'ordre juridique étatique).

Un premier cas particulier est celui des limites que l'on qualifie d'"autonomes par incorporation" et d'"hétéronomes par incorporation".

<sup>1</sup> Sur ces notions, voy. par exemple LICHNEROWICZ A., "Remarques sur les mathématiques et la réalité", in Logique et connaissance scientifique, Paris, Gallimard, 1976, pp. 474-481; et PAPERT S., "Structures et catégories", in Logique et connaissance scientifique, op. cit., pp. 499-511.



Cette figure originale correspond, par exemple, à l'hypothèse de l'article 12 de la constitution iranienne<sup>1</sup> qui prévoit l'intangibilité de la religion islamique. A priori, le champ normatif de départ et celui d'arrivée sont identiques : il s'agit de l'ordre juridique étatique. En réalité, cette appréciation n'est vraie que d'un point de vue formel. En se soumettant au droit religieux, l'Etat prend l'initiative de la soumission mais confère à un autre ordre normatif le pouvoir de déterminer l'objet, le "corpus" de la limitation. C'est en ce sens que l'on parle d'"hétéronomie par corporation" : l'objet de la limite est hétéronome même si la technique pour l'instituer (l'incorporation) l'a rendue formelle autonome. On pourrait tenir le même raisonnement à propos des dispositions constitutionnelles qui, à l'instar de l'article 25 du B.G.G., prévoient l'incorporation du droit international au droit interne<sup>2</sup>. La théorie des ensembles vient une fois encore à l'aide et définit entre les deux systèmes en question une fonction de bi-univoque<sup>3</sup> : une relation s'établit de l'ensemble normatif étatique vers l'ensemble des normes - religieuses ou du droit international - ; c'est la relation par laquelle l'ordre étatique convient d'incorporer l'ordre hétérogène. A son tour, l'ordre hétérogène est l'origine d'une relation vers l'ensemble étatique en vertu de laquelle il lui confère l'objet même, le corps de la limitation.

Un second cas spécial concerne les limites immanentes de l'éthique dont la nature est qualifiée d'"hétéronomie incorporée". L'hétéronomie de l'éthique est incontestable face à l'ordre juridique interne, certes, puisqu'elle impose des règles considérées

<sup>1</sup> Voy. aussi l'article 195 alinéa 3 de la constitution algérienne; l'article 2 de la constitution du Bahrein; l'article 45 alinéa 6 de la constitution des Comores; l'article 10 de la constitution marocaine.

<sup>2</sup> Supra, chapitre 3 du Titre 2.

<sup>3</sup> PAPERT S., *op. cit.*, p. 500, pour la notion d'homomorphisme et d'isomorphisme de groupe que l'on appelle encore fonction de bijection.

comme autant d'empêchements au libre exercice de l'activité constituante étatique. Ici, pas de mouvement réflexif. Le champ normatif de l'éthique est cependant étroitement tributaire du mode de définition de ses règles et des individus qui s'en chargent. Dans la mesure où, en l'occurrence, le monopole de cette identification revient à des "autorités" de l'ordre juridique étatique - le pouvoir judiciaire ou la doctrine - l'hétéronomie du champ normatif s'incorpore à la source du droit interne indispensable à la reconnaissance du caractère obligatoire de ces règles, pour l'ordre interne. L'hétéronomie subsiste; l'hypothèse du pluralisme des ordres est, une fois de plus confirmée mais aussi la diversité des formes que ce pluralisme revêt selon les rapports et la nature des ordres en présence.

Le schéma des limites matérielles inhibant l'activité constituante étatique illustre à sa façon la dynamique et la fécondité du pluralisme normatif en élucidant, à propos d'un secteur bien circonscrit du droit constitutionnel étatique, les différentes relations qu'il est susceptible d'entretenir avec d'autres champs normatifs<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour de plus amples considérations sur le pluralisme normatif, infra, pp. 352 sq.

## CHAPITRE 2. LA CONSTRUCTION ET LA DIFFERENCIATION DE DEUX MODE- LES DE LIMITES MATERIELLES : LES LIMITES AUTONOMES ET LES LIMITES HETERONOMES

### **SECTION 1. LA NOTION DE MODELE ET SON UTILITE**

Comme technique scientifique de représentation schématique d'un phénomène complexe, le modèle est, par définition, une approximation de ce qui est observé. Il capte du monde ce qui satisfait à la raison<sup>1</sup>. Un écart, par conséquent, est inévitable entre le modèle et l'objet. Cette défaillance du modèle est aussi son utilité : elle se transforme, en effet, en exigence de méthode. Toute insuffisance des concepts, toute lacune des objets appellent un concept, un objet nouveaux. La science s'est faite parce qu'elle s'est soumise à cette exigence.

Simplificateur, le modèle permet de dépouiller, par un effort d'abstraction, et d'appréhender la totalité de la matière traitée.

Approximatif, il contient aussi le germe de sa réfutation. La voie est ouverte à un remaniement incessant des concepts et donc à un progrès de la connaissance.

Abstrait, il explore la réalité dans sa diversité concrète et tente de se dégager de son automatisme en fixant certaines conditions d'expérience et en négligeant les circonstances accessoires.

---

<sup>1</sup> ULLMO J., "Les concepts physiques", in Logique et connaissance scientifique, op. cit., pp. 644-646.

Encore le modèle doit-il obéir à certaines règles de cohérence logique et d'adéquation à la réalité. Construire un modèle, c'est élaborer un schéma aussi fidèle que possible à la réalité qui réponde cependant à certaines lois élémentaires de composition.

## SECTION 2. LA CONSTRUCTION DE DEUX MODELES DE LIMITES MATERIELLES PAR LA DIFFERENCIATION DE LEUR FONCTION

La spécification de la nature autonome ou hétéronome d'une limite matérielle imposée dans l'exercice de l'activité constituante "dérivée" permet de construire deux modèles différents de limites en raison de la fonction qu'elles sont supposées remplir. Le rôle d'une limite est déterminé directement par le caractère autonome ou hétéronome de l'inhibition qu'elle impose. On a défini la limite autonome comme l'opération juridique instituée par l'ordre juridique interne en vue de préserver directement d'une modification ultérieure un ou plusieurs éléments parmi ses productions normatives constitutionnelles initiales. Ce qui frappe, c'est le rapport étroit qu'entretient cette opération avec une conception linéaire de la temporalité juridique, selon laquelle le droit trouve un commencement absolu dans la constitution et est appelé ensuite à évoluer selon un processus hiérarchiquement organisé de sorte que, la règle nouvelle devant se conformer aux principes dictés par la règle ancienne, le présent et l'avenir du droit ne sont jamais tout à fait indépendants du "passé" instituant. Certes, on objectera qu'une telle représentation de la temporalité est purement formaliste et que l'avenir du droit dans sa matérialité ne saurait en aucun cas être engagé ou conduit par son passé. Or, précisément, répond-on, la limite matérielle autonome a pour fonction essentielle de fixer non pas une forme ou une technique normatives<sup>1</sup>, mais le contenu même d'une norme. Le souci du

<sup>1</sup> Ce rôle, en revanche, est dévolu aux règles constitutionnelles instituant des règles de forme spéciales en cas de révision de la constitution.

constituant originaire serait de préserver certaines règles fondamentales "à tout jamais" en les soustrayant comme telles des matières pouvant faire un jour l'objet d'une révision.

Par l'entremise des limites matérielles, le constituant originaire organise la permanence de certaines institutions, conjurant ainsi la loi du changement qui menace la stabilité de l'ordre juridique établi par lui primitivement. Parce que l'histoire montre que les processus sociaux livrés à eux-mêmes font croître l'entropie<sup>1</sup>, le constituant espère lutter contre la désintégration de l'ordre et du compromis originaires en protégeant, par le biais d'une intangibilité rigoureuse, les règles qu'il estime essentielles au maintien de l'équilibre de l'Etat.

On le voit, les limites matérielles autonomes sont la réponse juridique au défi lancé par l'irréversibilité du temps qui peut dissiper un jour les structures d'une société sans même recourir à des procédés violents (telle une révolution), mais par la simple entremise d'une révision constitutionnelle tout à fait légalement entreprise. La fonction de la limite matérielle autonome est essentiellement tributaire d'une perception d'un temps unique qui se déroule sur un axe monodrome où l'avenir paraît suspendu au passé. Ce qu'elle préserve, en définitive, c'est moins la règle constitutionnelle dans sa spécificité que la stabilité et l'équilibre que la règle semble avoir procurés à l'Etat au moment de sa fondation ou de l'établissement d'un nouveau régime et qu'il espère sauvegarder en interdisant la modification pour l'avenir. La limite matérielle autonome est la gardienne du temps dont on craint qu'il érode les fondements de l'Etat, la spécificité de la règle qu'elle soustrait au pouvoir de révision n'étant, au bout du compte, qu'un souci secondaire.

---

<sup>1</sup> Voy. l'enseignement tiré à partir des découvertes en thermodynamique et concernant les processus naturels, in PRIGOGINE I. et STENGERS I., La Nouvelle Alliance, Paris, Gallimard, 1981.

La limite matérielle hétéronome a une autre fonction dont les caractères découlent immédiatement d'une nature très différente. La soustraction du domaine de la compétence constitutionnelle interne de certaines matières ne prétend pas figer les institutions étatiques pour elles-mêmes; elle cherche à préserver un certain équilibre dans les rapports entre un champ normatif particulier et celui de l'Etat. Ces rapports, on l'a exposé dans la première partie à propos de ceux entretenus entre le droit international et le droit interne, ne sont pas définitivement fixés mais sont, au contraire, sujets à de constantes modifications<sup>1</sup>. L'ordre hétérogène qui, d'une certaine façon, n'entend pas préserver un statu quo par l'instauration de matières constitutionnelles "éternelles" est le catalyseur d'un processus visant à protéger, le temps nécessaire, les institutions jugées utiles au maintien d'une harmonie entre plusieurs systèmes normatifs différents. L'ordre hétéronome n'est ni un initiateur ni un détonateur. Il n'a aucun titre, en soi, pour imposer un comportement quelconque au constituant de l'Etat. On rejette donc toutes les interprétations monistes ou dualistes des rapports entre les ordres juridiques parce qu'elles les décrivent en termes de "suprématie" ou de "hiérarchie". La conception pluraliste qui s'affirme ici est, au contraire, fondée sur le principe du respect de l'autonomie de chaque structure normative tout en insistant sur la relativité de cette autonomie qui résulte de la compénétration des différents champs normatifs. Alors que la limite autonome concentre son action dans un seul système juridique (source, matière et objectif), la limite hétéronome est marquée par ce que l'on a appelé jusqu'ici la structure pluraliste qui caractérise les rapports entre les champs de normativité et sa visée essentielle est de garantir leur bon fonctionnement. Le rapport au temps de la limite autonome est structurel, celui de la limite hétéronome est conjoncturel. Par contre, le rapport à la matière protégée est

<sup>1</sup> Supra, Titre 2, chapitre 3, section 3, à propos des rapports avec l'ordre juridique international.

moniste pour la première, pluraliste pour la seconde.

La différenciation fonctionnelle des deux modèles de limites permet d'affiner leur rigueur schématique en donnant une clé pour préciser le rôle joué par des limites qu'aucun des deux ne recouvre avec exactitude. Il s'agit des limites autonomes par incorporation ou hétéronomes par corporation. Cette terminologie hybride perd son utilité dès qu'on questionne le champ normatif sur l'objectif qu'il poursuit en cherchant le consentement de l'ordre juridique de l'Etat à incorporer à ses normes une norme étrangère.

Ceci prouve, s'il le fallait encore, que l'autonomie ici invoquée est de pure forme puisque la destination de la limite est imposée par le champ normatif extérieur. La remarque paraît évidente dans l'hypothèse où un constituant incorpore par une règle expresse les dispositions du droit international et reconnaît en respecter la primauté. La fonction de l'incorporation n'est pas du tout de garantir l'"éternité" de certaines structures internes mais de s'insérer dans le processus de collaboration entre l'ordre étatique et l'ordre international pour donner, en définitive, plus d'effectivité au second<sup>1</sup> au nom du pluralisme et de la coexistence de divers ordres juridiques. D'un point de vue fonctionnel, la limite ici en question est hétéronome. L'analyse, en revanche, du cas de la soumission du constituant interne à un ordre juridique religieux est moins nette. On ne saurait oublier de relever, en effet, que tous les pays qui, aujourd'hui, ont adopté le principe d'une subordination à un ordre religieux sont de souche et même de structure islamiques. Si donc le corps de la limite paraît, de toute évidence, imposé par le droit islamique au droit interne de l'Etat, il faut cependant se demander si pareille soumission consentie par le constituant interne n'entend pas garantir la configuration interne de l'Etat lui-même, dont on sait les liens véritablement structurants qu'il entretient avec les principes de l'Islam. Sans doute, devrait-on distinguer chacune des situations

---

<sup>1</sup> Supra, Titre 2, chapitre 3, section 4, paragraphe 1.

- l'esprit de l'article 195 alinéa 3 de la constitution algérienne différant de celui de l'article 12 de la constitution iranienne et même de celui de l'article 101 de la constitution marocaine. La référence au droit coranique porte d'ailleurs en elle-même une hétérogénéité certaine. La doctrine (fiqh) dans le droit islamique exerce une force particulière qui a progressivement construit des systèmes sensiblement divergents selon les zones d'implantations du message de Mahomet. Ainsi, la tradition sunnite des pays du Maghreb s'oppose, sur de nombreux points, à celle, shiite, de l'Iran. L'article 12 de la constitution iranienne précise davantage encore la secte religieuse dont la république iranienne prétend relever : il s'agit de l'école shiite "ja'nfari - ye esna' ashari", les autres écoles islamiques (hanafite, malékite, hanbalite et zaidite) se voyant garantir le respect absolu<sup>1</sup>. Si une observation rigoureuse concluait dans le sens d'une soumission à l'ordre religieux pour des motifs essentiellement politiques<sup>2</sup>, ne faudrait-il pas en déduire aussi que, d'un point de vue fonctionnel, le caractère autonome l'emporte sur le caractère hétéronome ? Ceci paraît respecter d'ailleurs un trait spécifique du droit religieux qui le distingue de l'ordre juridique international : son rattachement beaucoup plus direct aux sujets de l'Etat qui le respectent dans leur vie quotidienne et sont ainsi intimement et immédiatement affectés par lui, alors qu'ils ne le sont pas par les règles du droit international dont le destinataire privilégié reste encore l'Etat lui-même. Ainsi, par l'effet d'une expansion de l'ordre normatif hétérogène (en l'espèce l'ordre religieux), la limite n'aurait en réalité qu'un seul

<sup>1</sup> Voy. "La costituzione della Repubblica islamica delle Iran", in *Oriente Moderno*, Gennaio-Giugno, 1980, p. 251 et note 20.

<sup>2</sup> L'observation requiert beaucoup de soins et doit être menée avec la perspicacité requise sur un terrain mouvant pour l'esprit occidental enclin à rationaliser des situations dont il ne perçoit pas toute la complexité; c'est pourquoi on laisse à d'autres plus qualifiés le soin d'entreprendre cette tâche et on se contente de suggérer quelques pistes de réflexion.



objectif : celui de préserver la structure - fondamentalement religieuse - qui rend cohérent l'Etat et donc relèverait des garanties de temporalité. Si, par contre, ces impératifs religieux s'avéraient être secondaires pour la structure de l'Etat, on devrait alors juger que la limite appartient plutôt à l'ensemble de celles qui recherchent le second objectif : celui du respect du pluralisme des ordres normatifs.

### CHAPITRE 3. LE BILAN DE LA PREMIERE PARETIE ET LES PERSPECTIVES DE LA RECHERCHE

La construction de deux modèles de limites matérielles - les limites autonomes et les limites hétéronomes - forme la charnière entre la première et la seconde partie de ce travail consacré à l'incidence des limites matérielles sur la fonction constituante étatique. Elle clôt d'abord un premier volet de la recherche. Il fallait, en effet, prendre la mesure de la diversité des limites matérielles comme phénomène constitutionnel et doctrinal pour isoler de ce terrain empirique deux modèles capables d'en rendre compte de façon synthétique. Au terme de cette enquête, aucune appréciation globale cependant sur les conditions de validité des limites matérielles n'a été apportée. Les opinions des auteurs relatées jusqu'ici sont, on l'a vu, trop conditionnées par des considérations conjoncturelles et, plus profondément, par une définition réduite du champ de la problématique pour satisfaire les exigences théoriques requises. Dans cette perspective, la construction des deux modèles n'est pas seulement l'aboutissement d'une démarche empirique. Elle constitue encore l'instrument nécessaire pour entreprendre la partie théorique de l'exposé de la problématique des limites matérielles.

L'interprétation fonctionnelle qu'ils donnent des différentes normes susceptibles d'inhiber l'activité constitutionnelle effectuée dans un Etat trace une méthode de recherche pour la suite.

L'hypothèse, en effet, qui a permis d'isoler ces deux modèles suppose que la question des conditions de la validité des limites autonomes peut et doit être traitée selon des critères autres que ceux utilisés pour les limites hétéronomes. La raison tient à la fonction différente qu'elles exercent et que l'on a décrite dans

le titre 3 de la première partie. La fonction exercée par la limite matérielle est déterminante pour déterminer les conditions de sa validité. Tel est l'acquis de la première partie de ce travail qui engage d'emblée la seconde.